

DEPARTAMENTO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA
SEGURIDAD SOCIAL

EL RÈGIM JURÍDIC DELS ACOMIADAMENTS
COL·LECTIUS

MARÍA DELS ANGELS LÓPEZ CABALLERO

UNIVERSITAT DE VALENCIA
Servei de Publicacions
2007

Aquesta Tesi Doctoral va ser presentada a València el dia 29 de Setembre de 2006 davant un tribunal format per:

- D. Eduardo Rojo Torrecilla
- D. Ricardo Esteban Legarreta
- D. Vicente Martínez Abascal
- D. José María Goerlich Peset
- D. Ángel Blasco Pellicer

Va ser dirigida per:

D. Ignacio Albiol Montesinos

©Copyright: Servei de Publicacions
María dels Angels López Caballero

Depòsit legal:

I.S.B.N.:978-84-370-6680-6

Edita: Universitat de València
Servei de Publicacions
C/ Artes Gráficas, 13 bajo
46010 València
Spain
Telèfon: 963864115

EL RÈGIM JURÍDIC DELS ACOMIADAMENTS COL·LECTIUS

AGRAÏMENTS:

El present treball té el seu origen immediat en la tesi doctoral, que amb el títol “El règim jurídic dels acomiadaments col·lectius” vaig defensar en la Universitat de València, el 29 de setembre de 2006 davant la Comissió formada per: Eduardo Rojo Torrecilla (catedràtic de DTSS de la Universitat de Girona), Àngel Blasco Pellicer (catedràtic de DTSS de la Universitat de València), Jose Maria Goerlich Peset (catedràtic de DTSS de la Universitat de València), Ricardo Esteban Legarreta (professor titular de DTSS de la Universitat Autònoma de Barcelona), Vicente Martínez Abascal (catedràtic de DTSS de la Universitat Rovira i Virgili), que van atorgar a la tesi la màxima qualificació: excel·lent Cum Laude. Aprofite el present treball per a agrair a tots ells els consells i les observacions que em van fer i que he tingut en compte a l'hora d'actualitzar el present treball.

Expresse un agraïment especial al director de la tesi, el professor Ignasi Albiol Montesinos, catedràtic de Dret del Treball i Seguretat Social de la Universitat de València, pel seu tracte, la seua ajuda, els seus suggeriments i per les indicacions que m'ha fet i que m'han permès avançar en aquest treball.

En darrer lloc, expresse els meus agraïments a la professora Belén Cardona Rubert, professora titular de DTSS de la Universitat de València, per la seua ajuda i confiança.

València, 23 de desembre de 2006.

“Hoy los trabajadores en las empresas, en éste modelo económico de capitalismo globalizador, somos como pescadores en una barca. Los pescadores creen que el río está en calma, que no corren riesgos, y sólo nos damos cuenta cuando nuestra barca, tu empresa, se acerca a la garganta. Es cuando percibes la velocidad de la corriente, que esta corriente de capitalismo especulador es de tal magnitud que tratas de dar gritos, hacer señas, para advertir a los demás pescadores, que el río no está en calma, que algo habrá que hacer, que algo tienen que hacer, si no quieren que su barca, que su empresa, acabe tragada por las aguas en la propia garganta”

president del Comitè Intercentres de SINTEL
Adolfo Jiménez,
El Efecto Iguazú.

Índex:

| | | |
|-----|--|----|
| I. | INTRODUCCIÓ | 11 |
| II. | ELS ACOMIADAMENTS PER CAUSES EMPRESARIALS: | |
| | 1) Llibertat d'empresa i extincions per causes empresarials..... | 14 |
| | 2) Evolució legislativa dels acomiadaments per causes empresarials..... | 18 |
| | 2.1) Els acomiadaments per causes empresarials després de la reforma de 1994..... | 19 |
| | 2.2) La delimitació jurídica dels acomiadaments per causes empresarials a partir de la reforma de 1994..... | 21 |
| | 2.2.1) El nou article 52.c ET: l'amortització de llocs de treball per causes que afecten el funcionament de l'empresa..... | 23 |
| | 2.2.2) El nou article 51 ET: els acomiadaments col·lectius..... | 25 |
| | 2.3) Els règim jurídic dels acomiadaments per causes empresarials després de la reforma de 1997..... | 29 |
| | 3) Les causes justificatives dels acomiadaments per causes empresarials..... | 34 |
| | 3.1) La causalitat des de la perspectiva comunitària..... | 36 |
| | 3.2) La causalitat en el nostre ordenament jurídic..... | 37 |
| | 3.2.1) La causa econòmica..... | 38 |
| | 2.2.1.1) Les interpretacions jurídiques més rígides sobre la concurrència de la causa econòmica..... | 38 |
| | 2.2.1.2) Els primer intents per fer més flexible la causa econòmica..... | 44 |
| | 3.2.2) Les causes tècniques, organitzatives o de producció..... | 46 |
| | 3.2.3) Algunes apreciacions generals sobre la concurrència de la causa tècnica, organitzativa o de producció..... | 48 |
| | 4) El judici de raonabilitat en els acomiadaments per causes empresarials..... | 50 |
| | 4.1) La proporcionalitat dels acomiadaments per causes econòmiques..... | 50 |
| | 4.1.1) Les interpretacions judicials més flexibles en relació amb la raonabilitat de l'acomiadament..... | 50 |
| | 4.1.2) El control de raonabilitat en els acomiadaments per causes tècniques, organitzatives o de producció..... | 53 |
| | III ELS COMIADAMENTS COL·LECTIUS: | |
| | 1) El concepte legal dels acomiadaments col·lectius segons la regulació comunitària i el nostre ordenament jurídic..... | 60 |
| | 2) Els criteris legals que delimiten els acomiadaments col·lectius..... | 64 |
| | 2.1) Els volums d'ocupació a l'empresa..... | 64 |
| | 2.2) Els acomiadaments computables..... | 67 |
| | 2.2.1) Els supòsits més conflictius: els acomiadaments disciplinaris procedents i els fonamentats en incompliments empresarials..... | 69 |
| | 2.3) La regla de l'art 51.1 quart paràgraf..... | 73 |
| | 2.3.1. Dues possibles interpretacions sobre el seu significat..... | 74 |
| | 2.4) L'element temporal: el període de referència..... | 76 |
| | 3) La nul·litat per frau de llei: art 51.1. cinquè paràgraf..... | 81 |
| | 4) L'àmbit d'afectació dels acomiadaments col·lectius: els grups d'empresa..... | 84 |
| | 4.1) Els primers intents comunitaris per tal de regular els grups d'empresa..... | 86 |
| | 4.1.1) La Directiva 95/94/CE. El concepte de grup d'empresa..... | 90 |

| | |
|---|-----|
| 4.1.2) El comitè d'empresa europeu o un procediment de consulta alternatiu..... | 93 |
| 4.1.3) Els punts dèbils de la Directiva 95/94/CE. | 96 |
| 4.2) Les reestructuracions empresarials en els grups d'empresa des del punt de vista comunitari. El cas Rockfon. | 97 |
| 4.3) La regulació interna sobre els grups d'empresa. | 99 |
| 4.3.1) Les previsions legislatives sobre els grups d'empresa..... | 99 |
| 4.3.2) Les interpretacions judicials sobre els grups d'empresa. | 102 |
| 4.3.3) Els elements legals que delimiten els acomiadaments col·lectius en els grups d'empresa. | 108 |
| 4.4) Els acomiadaments col·lectius en els grups d'empresa multinacionals. | 112 |
| 4.4.1) El nou context generat per la mundialització de l'economia..... | 112 |
| 4.4.2) Trasllats de producció i acomiadaments col·lectius en els grups multinacionals. | 115 |
| 4.4.3) Dues possibles interpretacions en relació amb els grups d'empresa internacionals. | 121 |
| 4.4.3.1. Primera opció: empreses jurídicament independents. | 121 |
| 4.4.3.2. Segona opció: el grup multinacional com a empresari real. | 126 |

IV L'EXPEDIENT DE REGULACIÓ D'OCUPACIÓ: EL PERÍODE DE CONSULTES.

| | |
|---|-----|
| 1) Introducció. | 128 |
| 2) Inici del procediment de regulació d'ocupació..... | 130 |
| 2.1) La sol·licitud per tal d'acomiadar. | 130 |
| 2.2) El contingut de la sol·licitud d'inici del procediment. | 132 |
| 2.2.1) El projecte de viabilitat. | 133 |
| 2.2.2) El pla d'acompanyament social. | 135 |
| 2.2.3) La proposta d'acomiadament..... | 139 |
| 2.2.4) Informe dels representants dels Treballadors. | 141 |
| 2.3) Esmena de la Sol·licitud. | 141 |
| 3) El període de consultes amb els representants dels treballadors..... | 142 |
| 3.1) Plantejament general. | 142 |
| 3.2) Els subjectes titulars dels drets de consulta. | 147 |
| 3.2.1) La representació unitària. | 149 |
| 3.2.2) El comitè intercentres. | 151 |
| 3.2.2.1) les dificultats que presenta el comitè intercentres a l'hora de negociar un expedient. | 152 |
| 3.2.3) La representació sindical. | 153 |
| 3.2.3.1) El dret d'audiència prèvia dels delegats sindicals. | 155 |
| 3.2.3) Centres sense representació col·lectiva. | 158 |
| 4) Duració del període de consultes i regles de funcionament. | 163 |
| 4.1) El deure de bona fe durant les consultes. | 166 |
| 4.2) El deure d'informar i facilitar la documentació necessària i el sigil professional. | 170 |
| 5) El contingut de les negociacions i els límits a l'autonomia de les parts. | 174 |
| 5.1) L'obligació de negociar el pla d'acompanyament social. | 177 |
| 5.1.1) Mesures destinades a evitar els acomiadaments. | 179 |
| 5.1.1.1) Trasllats, desplaçaments, mobilitat funcional i suspensions en el context del pla social. | 181 |
| 5.1.1.2) Modificacions substancials de les condicions de treball. | 183 |
| 5.2) Mesures de reestructuració que impliquen l'extinció del contracte. | 187 |
| 5.2.1) Els acomiadaments. | 188 |
| 5.2.2) Baixes amb incentius..... | 189 |

| | |
|--|-----|
| 5.2.3) La prejubilació. | 190 |
| 5.2.4) La prejubilació: art 51.15 ET..... | 193 |
| 5.2.5) La jubilació. | 194 |
| 5.2.5.1) Jubilacions i reestructuracions d'empreses..... | 196 |
| 5.3) Mesures que acompanyen les extincions. | 197 |
| 5.3.1) Mesures formatives que ajuden a reincorporar els treballadors en el mercat laboral. | 203 |
| 5.4) L'obligació de negociar el pla de viabilitat..... | 207 |
| 6) La possible col·laboració de les diferents administracions a l'hora de fer efectives algunes mesures del pla social. | 208 |
| 6.1) La col·laboració de l'administració local a l'hora de dur a terme alguns compromisos sociolaborals. | 211 |
| 6.2) La possible col·laboració de l'administració per tal de reduir l'impacte de la reestructuració en terminades zones. | 216 |
| 7) Diferents tipus d'incidències durant les consultes: discrepàncies en les negociacions i la vaga contra l'expedient. | 218 |
| 7.1) El recurs als mitjans extrajudicials de solució dels conflictes col·lectius. | 219 |
| 7.1.1) Les clàusules convencionals d'adhesió als acords interconfederales. | 219 |
| 7.1.2) La solució de les discrepàncies a través de la mediació..... | 222 |
| 7.1.3) La solució de les discrepàncies a través de la conciliació i l'arbitratge. | 223 |
| 7.1.3.1) Els efectes de la resolució arbitral i impugnació. | 225 |
| 7.2) la vaga: un mitjà de pressió durant les negociacions. | 226 |
| 7.2.1) La motivació: vagues abusives o il·lícites. | 227 |
| 7.2.2) Vagues Il·legals. | 229 |
| 7.2.3) La vaga contra l'expedient de regulació d'ocupació. | 230 |
| 8) El final del període de consultes..... | 235 |
| 8.1) Les diferents formes de concloure el període de consultes: amb acord o sense ell. | 238 |
| 8.2) Legitimitat per a signar acords, quòrums i majories necessàries: | 241 |
| 8.1.1) La representació unitària. | 241 |
| 8.1.2) Acord conclòs amb la representació sindical..... | 243 |
| 8.1.3) Un supòsit peculiar: centres sense representació col·lectiva. | 244 |
| 8.3) Naturalesa jurídica de l'acord sobre la reorganització empresarial | 245 |
| 8.3.1) L'art 37 CE: Autonomia col·lectiva i negociació col·lectiva..... | 249 |
| 8.3.2) Les diferències entre els acords i els convenis | 252 |
| 8.3.3) Naturalesa jurídica dels acords produïts durant les consultes de l'expedient. | 253 |
| 8.3.4) Eficàcia personal de l'acord sobre la reorganització productiva. | 258 |
| 9) El contingut de l'acord sobre la reestructuració empresarial. | 258 |
| 9.1) La menció a la causa i a la relació d'aquesta amb les mesures de reorganització en l'acord col·lectiu. | 261 |
| 9.1.1) El contingut causal de l'acord segons l'art 51 ET i el RD 43/1996..... | 261 |
| 9.2) Criteris de selecció dels treballadors afectats per l'acord de regulació d'ocupació. | 263 |
| 9.2.1) Criteris de selecció: evolució legal. | 265 |
| 9.2.2) Els possibles criteris que es poden tenir en compte a l'hora de seleccionar els treballadors. | 266 |
| 9.3) La prioritat de permanència en l'empresa dels representants dels treballadors. | 271 |
| 9.3.1) Límits a l'exercici de la prioritat de permanència..... | 274 |
| 9.3.2) Renúncia i incompliment de la prioritat de permanència en l'empresa. | 275 |
| 9.4) Altres possibles prioritats de permanència en l'empresa..... | 278 |

| | |
|--|-----|
| 9.5) Altres preferències legals: les famílies nombroses i els treballadors minusvàlids i alguns supòsits més. | 281 |
| 9.5.1) La reserva establerta en la Llei 13/1982 a favor dels treballadors minusvàlids. | 283 |
| 9.6) El pacte de permanència en l'empresa. | 284 |
| 9.7) La possibilitat d'establir altres preferències a l'hora de seleccionar els treballadors afectats per un expedient i els seus possibles límits. | 285 |
| 10) La indemnització prevista en l'acord col·lectiu. | 287 |
| 10.1) Naturalesa jurídica de la indemnització per acomiadament col·lectiu. | 289 |
| 10.2) La interpretació del Tribunal Suprem i del Constitucional sobre la naturalesa jurídica de la indemnització: el Cas ENATCAR. | 290 |
| 10.2.1) La indemnització de l'art 51.8 ET i la valoració del TC. | 298 |
| 10.3) Una excepció a la regla general recollida en l'art 51.8 ET: els prejubilats. | 299 |
| 10.4) Les limitacions imposades a les parts negociadores de l'acord pel conveni col·lectiu i pel contracte en relació amb la indemnització. | 304 |
| 10.4.1) Les relacions entre l'acord sobre la reorganització empresarial i el conveni col·lectiu. | 307 |
| 10.4.2) L'autonomia de la voluntat com a límit a l'hora de negociar les indemnitzacions de l'expedient. | 311 |

V L'EXPEDIENT DE REGULACIÓ D'OCUPACIÓ: LA INTERVENCIÓ ADMINISTRATIVA:

| | |
|--|-----|
| 1) Intervenció de l'autoritat laboral: de l'ET de 1980 a l'actual règim jurídic. | 317 |
| 2) La incoació de l'expedient. | 319 |
| 2.1) Les parts interessades en el procediment. | 319 |
| 2.2) La determinació de l'autoritat laboral competent. | 321 |
| 2.3) Esmena dels errors de la sol·licitud. | 321 |
| 3) Instrucció de l'expedient de regulació d'ocupació. | 326 |
| 3.1) Els informes que formen part de l'expedient de regulació d'ocupació. | 330 |
| 3.1.1) L'informe de la Inspecció de Treball. | 331 |
| 3.1.2) Altres possibles informes. | 336 |
| 3.2) Trasllet de les actes de la consulta a l'autoritat laboral. | 338 |
| 3.3) Audiència de l'expedient. | 340 |
| 4) El final del procediment administratiu. | 344 |
| 4.1) La justificació de la prèvia autorització administrativa. | 344 |
| 4.2) El tipus d'activitat realitzat per l'autoritat laboral en els acomiadaments col·lectius. | 355 |
| 4.3) El control causal realitzat per l'autoritat laboral. | 359 |
| 4.4) El control sobre la proporcionalitat del projecte. | 364 |
| 5) Congruència i motivació. | 367 |
| 5.1) La motivació de la resolució administrativa. | 367 |
| 5.2) La congruència de la resolució administrativa. | 369 |
| 6) Les diferents formes de finalitzar l'expedient de regulació d'ocupació. | 371 |
| 6.1) Resolució administrativa declarant la improcedència de la sol·licitud empresarial. | 371 |
| 6.2) Resolució administrativa homologant l'acord sobre la reorganització empresarial. | 373 |
| 6.2.1) Abast de la resolució administrativa que homologa l'acord. | 373 |
| 6.2.2) L'execució i l'efectivitat de la resolució que homologa l'acord. | 379 |
| 6.3) Impugnació de l'acord col·lectiu per l'autoritat laboral: Impugnació d'ofici. | 381 |
| 6.3.1) Impugnació de la resolució arbitral per part de l'autoritat laboral. | 384 |
| 6.3.2) La impugnació de l'acord per part dels treballadors. | 385 |

| | |
|---|-----|
| 6.4) Consultes sense acord: resolució estimant o desestimant la sol·licitud empresarial. | 387 |
| 6.5) Autorització per silenci administratiu. | 391 |
| 7) Notificació de la resolució. | 393 |
| 8) Efectes comuns de la resolució administrativa. | 394 |
| 8.1) Possibilitat d'interposar recurs administratiu. | 394 |
| 8.2) Habilitació per tal de materialitzar les mesures acordades. | 396 |
| 9) Efectes de la desautorització. | 399 |

VI. IMPUGNACIÓ DE LA RESOLUCIÓ I CONFLICTES COMPETENCIAIS:

| | |
|--|-----|
| 1) La jurisdicció contenciosa administrativa. | 401 |
| 1.1) la difícil delimitació de competències entre ambdues jurisdiccions. | 401 |
| 2) Competències de la jurisdicció contenciosa administrativa en matèria d'expedients. | 403 |
| 2.1) La vis atractiva de la jurisdicció contenciosa administrativa en matèria d'expedients de regulació: la impugnació de l'acord una vegada homologat. | 403 |
| 2.2) Impugnació de la resolució administrativa. | 406 |
| 2.3) la impugnació de la selecció dels treballadors afectats per l'expedient. | 411 |
| 2.4) Les reclamacions per acomiadament. | 416 |
| 3) El procediment davant la jurisdicció contenciosa administrativa: el recurs contenciós. | 417 |
| 4) Conseqüències de la sentència dictada en via contenciosa administrativa sobre la resolució administrativa que homologa l'acord. | 419 |
| 5) Anul·lació de la resolució administrativa en via contenciosa administrativa i accions per acomiadament. | 421 |
| 5.1) Declaració dels Tribunals Laborals sobre els acomiadaments: Procedència, improcedència o nul·litat. | 421 |
| 6) Anul·lació de la resolució administrativa i problemes derivats de la declaració judicial. | 424 |
| 6.1) El temps de cessament provisional com a temps de servei. | 424 |
| 6.2) Problemàtica sobre els salaris de tràmit i indemnització per danys i perjudicis. | 425 |
| 6.2.1) Primer període de temps: des que el treballador és acomiadat per l'expedient fins que la resolució és anul·lada en via judicial. | 426 |
| 6.2.2) Segon període de temps: des que la resolució administrativa és anul·lada en via judicial. | 428 |
| 6.3) Efectes de l'anul·lació de la resolució sobre les prestacions per desocupació. | 428 |
| 7) La jurisdicció social. | 431 |
| 7.1) Competències de la jurisdicció social en matèria d'expedients de regulació. | 431 |
| 7.2) Acomiadaments col·lectius sense autorització administrativa. | 432 |
| 7.2.1) Supòsits de nul·litat previstos en l'art 124 LLPL. | 433 |
| 7.2.2) Fragmentació dels acomiadaments per causes empresarials. | 434 |
| 7.3) Discrepàncies sobre la indemnització per acomiadament col·lectiu. | 436 |
| 7.3.1) Anys de servei a efectes del còmput de la indemnització. | 436 |
| 7.3.2) Salari regulador i indemnització. | 438 |
| 7.3.3) Diferents règims indemnitzadors. | 438 |
| 7.4) Impugnació de les decisions empresarials que ordena els trasllats, els desplaçaments i les modificacions. | 439 |

| | |
|--|-----|
| 7.4.1) Impugnació individual de les mesures de reorganització | 440 |
| 7.4.2) Impugnació de les mesures de reorganització pels representants dels treballadors: la via de conflicte col·lectiu. | 442 |
| 7.5) Conflictes d'interpretació sobre l'acord col·lectiu o sobre algunes de les seues clàusules: el conflicte col·lectiu. | 442 |
| 7.6) La impugnació dels incompliments o complimentes defectuosos dels altres possibles continguts de l'acord col·lectiu..... | 444 |
| 7.6.1) Pressupostos que han de reunir les clàusules de l'acord per tal d'exigir el seu compliment pels treballadors..... | 444 |
| 7.6.2) Incompliments dels compromisos relacionats amb l'estabilitat en l'ocupació. | 446 |
| 7.6.3) Incompliments o complimentes defectuosos del dret de retorn. | 447 |
| 7.7) La indemnització per danys i perjudicis: una via per tal de reparar els danys ocasionats pels danys ocasionats pels incompliments empresarials d'allò previst en l'acord col·lectiu. | 451 |

VII. LES REESTRUCTURACIONS SOCIALMENT RESPONSABLES I NOVES FORMES DE PARTICIPACIÓ EN L'EMPRESA.

| | |
|---|-----|
| 1) Introducció. | 455 |
| 2) Els principals problemes que rodegen a les reestructuracions en les empreses internacionals: falta de transparència informativa i dificultats per a accedir als centres de decisió. | 460 |
| 3) La participació dels representants dels treballadors en l'empresa des de la perspectiva de la normativa internacional. | 464 |
| 3.1) Dels codis de conducta als Acords Marc Internacional. | 469 |
| 4) La participació dels representants dels treballadors en l'empresa des de la perspectiva de la normativa comunitària. | 473 |
| 4.1) Les noves propostes europees sobre la informació i la participació dels representants dels treballadors en l'empresa. | 476 |
| 4.1.1) La Directiva 2001/86/CE per la qual es completa l'estatut de la Societat Anònima Europea respecte a la implicació dels treballadors . | 476 |
| 4.1.1.1) El procediment negociador en la Directiva 2001/86/CE per la qual es completa l'Estatut de la Societat Anònima Europea respecte a la implicació dels treballadors..... | 478 |
| 4.1.1.2) Finalització de les negociacions. | 479 |
| 4.1.1.3) L'eficàcia de les disposicions de referència. | 480 |
| 4.1.1.4) El contingut de les disposicions de referència. | 481 |
| 4.1.2) Els drets d'informació, consulta i participació en la Directiva 2001/86/CE. | 482 |
| 4.1.3) La Directiva 2002/14/CE, per la qual s'estableix un marc general relatiu a la informació i a la consulta dels treballadors en la CE..... | 485 |
| 5) Els nous plantejaments europeus sobre la responsabilitat social..... | 488 |
| 5.1) Les reestructuracions socialment responsables. | 488 |
| 5.1.1) Els elements bàsics de les reestructuracions socialment responsables. | 492 |
| 5.1.1.1) La informació i la consulta sobre les transformacions Industrials | 492 |
| 5.1.1.1) La ponderació dels interessos econòmics i socials..... | 495 |
| Conclusions. | 498 |
| Bibliografia..... | 502 |

**EL RÈGIM JURÍDIC DELS ACOMIADAMENTS
COL·LECTIUS:**

I. INTRODUCCIÓ:

En els darrers dotze anys, els acomiadaments per causes empresarials han patit importants canvis normatius que han contribuït a fer més flexible el seu règim jurídic. Amb les reformes es pretenia dotar les empreses d'instruments que les permetera adaptar-se als canvis que es produeixen en el mercat i a l'augment de la competència generada per la globalització de l'economia.

Segons ens expliquen, vivim en un món caracteritzat per un comerç internacionalitzat i un desenvolupament tecnològic vertiginós. L'increment de les inversions institucionals, l'augment de les inversions creuades transfronteritzes, la deslocalització de les activitats, els canvis ràpids de propietat i un major ús de les tecnologies de la informació i de la comunicació fan que la competitivitat esdevinga global. Evidentment, en aquest nou context econòmic les empreses demanaven i demanen major flexibilitat d'entrada i clar està d'eixida.

El legislador de 1994 va prendre bona nota d'aquestes demandes i aquell mateix any va dur a terme una reforma que va afectar bona part de les institucions recollides en l'ET. Com ens podem imaginar, els acomiadaments per causes empresarials no pogueren escapar d'aquesta tendència cap a la flexibilitat. La reforma de 1994 va modificar de forma important aquest tipus d'acomiadaments: va articular una doble via d'acomiadament per causes empresarials, art 51 i 52.c ET, va ampliar les causes, va incidir en les finalitats i va modificar alguns aspectes del procediment de regulació d'ocupació.

Aquests canvis van aconseguir reduir el camp d'aplicació de l'art 51 ET. Les modificacions apuntades anteriorment permeteren extreure del procediment de regulació d'ocupació i per tant del control de l'autoritat laboral un número important d'acomiadaments per causes empresarials, art 52.c ET. Per altra banda, els canvis introduïts per la reforma del 1997 sobre l'art 52.c ET van servir per a consolidar la tendència seguida per la reforma de 1994: el camí cap a la flexibilitat.

Però de tots aquests canvis, segurament el més cridaner va ser el nou tractament que va rebre el període de consultes a partir de la reforma de 1994. La reforma va convertir les consultes en una vertadera negociació col·lectiva a nivell d'empresa i va conduir les negociacions a un terreny desconegut fins aleshores. A més, a partir de la reforma de 1994 l'acord sobre la reestructuració empresarial va adquirir una rellevància inesperada. Els canvis no foren casuals, els hem de posar en relació amb els canvis que en aquell moment es produïen en relació amb la negociació col·lectiva i més concretament, amb una nova tendència: la "descentralització d'aquesta".

La reforma de 1994 va obrir una nova línia en matèria de negociació col·lectiva, i prompte es posa en relleu una progressiva descentralització d'aquesta. Es volia aproximar la negociació col·lectiva a l'empresa a l'hora de fixar determinades condicions de treball en aquell àmbit empresarial. Però es volia sobretot aconseguir unes regulacions més flexibles i coherents amb les circumstàncies concretes de l'empresa o dels centres de treball. El resultat final va ser, potenciar les diferents manifestacions de la negociació col·lectiva a l'hora d'adoptar determinades decisions relacionades amb el funcionament de l'empresa. Entre aquestes noves manifestacions de

la negociació col·lectiva hem d'incloure els acords d'empresa i dins d'ells, trobem els acords sobre les reestructuracions empresarials.

Uns acords que poden ser tan complexos com ens vulguem imaginar, perquè no només podran preveure un número determinat d'acomiadaments, sinó que podran recollir trasllats, desplaçaments, modificacions de les condicions de treball, la desvinculació del regim salarial i introduir regulacions sobre les condicions de treball a l'empresa. Aquestes possibilitats atribuïdes als acords i els canvis en el període de consultes, han fet més complex tot allò que està relacionat amb les reestructuracions empresarials; han generat nous problemes i han obert nous interrogants. Totes aquestes idees fan que ens plantegem més d'una pregunta: Quina naturalesa jurídica tenen aquests acords? Quin lloc ocupen dins del nostre sistema de fonts? Quina relació mantenen respecte als convenis col·lectius o respecte a l'autonomia individual?

Tanmateix, el nou tractament que ha rebut el període de consultes i les nombroses possibilitats que tenen els empresaris i els representants dels treballadors a l'hora de negociar la reestructuració empresarial, no ha aconseguit diversificar i ampliar el contingut dels acords sobre la reorganització empresarial. Allò cert és que en la majoria d'ocasions, aquests acords presten poca atenció a les mesures socials: reciclatge dels treballadors acomiadats, mesures formatives, drets de retorn, recol·locacions o borses de treball. De tal forma, que la inserció laboral dels excedents de plantilla es converteix en una utopia amb uns incerts resultats.

Tanmateix, les reestructuracions que s'han produït i es produeixen al llarg d'Europa han fet que les instàncies comunitàries comencen a plantejar-se la importància de la responsabilitat social de les empreses i una nova forma de gestionar els canvis que es produeixen en el mercat i les reestructuracions empresarials: les reestructuracions socialment responsables. Segons les dades del Observatori Europeu del Canvi, en el període de 2003-2005, aquest òrgan a detectat un total de 3500 casos de reestructuracions empresarials, una xifra amb importants repercussions en l'ocupació, perquè inclou la previsió d'un total de 1.551.828 llocs de treballs perduts i de 474.807 llocs de treball de nova creació¹.

Segons aquests nous plantejaments sobre els quals es troba treballant la UE, les transformacions industrials son inevitables i estan motivades per la globalització i per les transformacions estructurals de l'economia mundial, que alhora està marcada per l'evolució ràpida i profunda dels mercats. No obstant això, Europa "necessita viure un nou paradigma que se concentre en "la transformació industrial de rostre humà" i es base en la competitivitat, el desenvolupament sostenible, la cohesió econòmica, social i territorial"² (i) en la responsabilitat social de les empreses.

En definitiva, allò que han constatat és precisament que les reestructuracions i la seua consolidació és una condició de supervivència i millora de la competitivitat de les empreses. Però, la reestructuració és un problema quan no existeixen altres alternatives adequades d'ocupació disponibles en la regió afectada, per la qual cosa cal que les empreses apliquen de forma efectiva els principis de responsabilitat social. Aquestes

¹ "Las reestructuraciones en Europa", Butlletí elaborat per l'àrea d'Estudis i Anàlisis, n°86/05. Observatorio de Relaciones Laborales, CES.

² Dictamen del Comitè Econòmic i Social Europeu sobre el tema "Transformacions industrials i cohesió econòmica, social i territorial", 2004/C 302/11.

idees impliquen que davant una reestructuració empresarial cal tenir en compte tots els interessos de les parts implicades: els socials i els econòmics, i cal buscar la participació i la implicació de totes les parts a través de la informació i la consulta oberta. Les reestructuracions han de preparar-se adequadament i cal avaluar totes les opcions que permeten reduir els acomiadaments. Però clar està, això implica millorar la transparència informativa i millorar els canals de participació a l'empresa.

Com posa en relleu la Comissió³ “És essencial garantir una bona gestió de les reestructuracions. Aquestes han de respondre a un doble imperatiu: econòmic i social. Anticipar-se al canvi és vital per a les empreses i actuar ràpidament permet preservar i desenvolupar la competitivitat”. Aquests objectius, tal vegada, els deuriem aconseguir no fent més flexible el règim jurídic dels acomiadaments per causes empresarials, sinó més aviat “implicant” els representants dels treballadors en la gestió de l'empresa.

En aquest sentit, quan parlem d'implicació ens referim al significat que aquest terme té en la legislació comunitària⁴, que el defineix com: la informació, la consulta i la participació i qualsevol altre mecanisme a través del qual, els representants dels treballadors poden *influir* en les decisions que adopten a l'empresa. És cert, que la participació, entesa segons aquests plantejaments, planteja dificultats serioses pel nostre model de participació i per algunes previsions constitucionals. Però, en qualsevol cas, cal treballar per aquest camí si volem començar a practicar una nova forma de reestructurar les empreses més coherents amb els plantejaments de l'estratègia de Lisboa.

Així doncs, sembla que la millor forma d'assegurar la continuïtat de l'empresa consisteix a establir els mecanismes necessaris que permeten iniciar diàlegs fluids i continus entre l'empresa i els representants dels treballadors, uns diàlegs a través dels quals, haurien d'abordar no només la situació de l'empresa, sinó també la del sector i alhora negociar les mesures preventives que poden adoptar en funció de la situació empresarial a efectes de reduir o evitar les reestructuracions futures. Com reconeix la Comissió “Una millor anticipació del canvi requereix un millor coneixement dels sectors, de les seues perspectives i dels recursos destinats a afavorir el creixement i l'ocupació”⁵.

Aquests plantejaments ens han de fer reflexionar sobre dues idees: primerament, el nostre ordenament jurídic tradicionalment s'ha preocupat per donar resposta a les crisis empresarials imminents i actuals, i està bé que així siga, però aquestes respostes o solucions no serveixen adequadament per tal de poder resoldre altres crisis, que malgrat que no impliquen una situació de inviabilitat i insolvència, poden fer perillar la continuïtat del projecte empresarial a llarg termini. Per tant, cal anticipar-se als canvis i actuar preventivament.

Per altra banda, aquest nou concepte sobre les reestructuracions socialment responsables pot suposar un nou impuls del període de consultes i dels seus possibles

³ Comunicació de la Comissió: Reestructuracions i ocupació. Anticipar i acompanyar les reestructuracions per desenvolupar l'ocupació: el paper de la UE. COM(2005) 120 final, pàg. 2.

⁴ Art 2.h Directiva 2001/86, 8 octubre, a través de la qual es completa l'Estatut de la Societat Anònima Europea pel que fa a la implicació dels treballadors. DO n°L294, 10 de novembre de 2001.

⁵ Comunicació de la Comissió: Reestructuracions i ocupació. Anticipar i acompanyar les reestructuracions per desenvolupar l'ocupació: el paper de la UE. COM (2005) 120 final.

continguts i sobretot, pot impedir que aquests acords recullen exclusivament compensacions econòmiques, perquè com diu la UE: les reestructuracions han de respondre a un doble imperatiu: social i econòmic, i davant una reestructuració cal avaluar totes les opcions que ens permeten reduir els acomiadaments.

Malgrat que ens sembla una insensatesa o un absurd, en el fons d'aquests plantejaments allò que es pretén és "socialitzar l'economia de mercat". Durant molt de temps ha regit un dogma en virtut del qual, si les coses anaven bé econòmicament havien d'anar bé socialment però, aquesta relació de causa i efecte es fonamenta més aviat en una qüestió de fe que en un fet demostrable empíricament. En qualsevol cas, aquest plantejament ha caigut pel seu pes i comencen a adonar-se'n que això no és així.

Des de les instàncies europees han observat que les reestructuracions no només afecten els treballadors, sinó que a més repercuteixen en l'economia local i regional i en la cohesió social. De vegades, les conseqüències de les reestructuracions entren en contradicció amb els objectius de Lisboa: promoció de la plena ocupació, cohesió social i territorial i desenvolupament sostenible. En qualsevol cas, està per veure fins a on arribaran aquests plantejaments, si és que van a algun lloc. Siga com siga, segur que el procés és llarg i incert, com quasi tot el que rodeja al Dret Social Europeu.

En qualsevol cas, aquestes idees, sobre les que tornarem de nou en les següents pàgines, segur que fan que ens plantejem noves i diferents propostes destinades a reduir els costos socials de les reestructuracions empresarials i faran que ens plantejem noves formes per gestionar-les. La consecució de les idees planejades fins aleshores no és una tasca fàcil de dur endavant per les dificultats pràctiques que no podem ignorar. Tanmateix, segur que tots estem d'acord en una idea: cal començar a practicar una nova forma de gestionar els processos de canvi i les reestructuracions empresarials.

II. ELS ACOMIADAMENTS PER CAUSES EMPRESARIALS:

1) LLIBERTAT D'EMPRESA I EXTINCIÓ PER CAUSES EMPRESARIALS:

Qualsevol estudi que pretenga abordar els acomiadaments col·lectius ha de començar analitzant el contingut i les facultats que integren el dret a la llibertat d'empresa, 38 CE i les limitacions imposades per altres preceptes constitucionals, com el dret al treball, art 35 CE. Aquest anàlisi és necessari, perquè en la regulació jurídica dels acomiadaments col·lectius es troba subjacent una confrontació d'interessos i de drets que el legislador tracta d'equilibrar⁶. En una reestructuració empresarial aquesta col·lisió d'interessos es produeix principalment entre la llibertat d'empresa, art 38 CE i el dret al treball, art 35 CE. La llibertat d'empresa compren la facultat d'iniciar una activitat empresarial però, també la facultat de deixar de realitzar-la. En canvi, el dret al treball compren a grans trets el principi a l'estabilitat en l'ocupació, art 35 CE.

⁶ NAVARRO NIETO, F, "Los despidos colectivos", Madrid, Civitas, 1996; pàg. 25. L'ordenació dels acomiadaments col·lectius escapa a la lògica unilateral dels imperatius de mercat en confluïr en ell altres interessos i lògiques amb rellevància social i jurídica.

En algunes ocasions i en determinades regulacions jurídiques, el punt d'equilibri l'hem trobat més proper als interessos de l'empresari i en altres ocasions als del treballador, i això ha donat lloc a diferents situacions i regulacions sobre els acomiadaments per causes empresarials. Tant en un cas com en l'altre, l'entorn econòmic i social ens obliga a adoptar formules de conciliació dels interessos en joc que siguin dinàmiques i que impedisquen que introduïm rigideses a l'hora de solucionar els conflictes derivats del funcionament de l'empresa. En qualsevol cas, com assenyala algun autor⁷, això no impedeix que alhora l'art 51 ET no pugui rebre una exegesi més social i plural a la llum del nostre model constitucional.

Plantejada la qüestió en aquests termes, cal delimitar el contingut de la llibertat d'empresa i els seus límits. La CE recull un conjunt de preceptes en matèria econòmica: en primer lloc, trobem l'esmentada llibertat d'empresa que s'exercirà en el marc d'una economia de mercat, art 38 CE. Però aquesta llibertat l'hem de relacionar necessàriament amb el dret a la propietat privada, art 33 CE. A més d'aquestes previsions, podem citar alguns articles més que poden ajudar a esbossar el model econòmic que reconeix la CE. Així doncs, trobem per una part, aquells articles que fan referència a les línies generals de l'activitat econòmica nacional: art 128, 130, 131 CE i per altra part, trobem altres que es refereixen a l'hisenda pública, art 31 i 133CE.

Arribat a aquest punt, podem reconèixer que el legislador constitucional opta per garantir un model econòmic determinat: el de l'economia de mercat i dins d'aquest model econòmic, l'empresari exercirà la seua llibertat d'empresa que comprendrà la llibertat de desenvolupar qualsevol activitat empresarial lícita, d'organitzar aquella activitat conforme als seus criteris; així com la llibertat consistent a deixar de realitzar aquella activitat quan deixi, per exemple, de ser rendible⁸. Alhora, com qualsevol altre dret, aquest no és absolut i també està sotmès a alguns condicionaments recollits en la CE: el dret al treball o el principi d'estabilitat en l'ocupació, art 35 CE.

Conseqüentment, aquest model econòmic esbossat anteriorment que reconeix la llibertat d'empresa en el marc d'una economia de mercat es veu atenuat i condicionat per altres principis amb rellevància constitucional. Aquestes limitacions deriven principalment de l'existència d'un Estat social i democràtic, art 1 CE i de l'existència d'altres valors com: el dret al treball, art 35 CE; el dret a la negociació col·lectiva, 37 CE o altres principis sobre política general. En aquest sentit, cal destacar la previsió recollida en l'art 40 CE, segons la qual els poders públics promouran les condicions necessàries per al progrés social, en el marc d'una política d'estabilitat econòmica i alhora promouran una política que fomenti la formació i la readaptació professional, art 40.2 CE.

⁷ MONEREO PÉREZ, J.L, " Los despidos colectivos en el Derecho Español", Pamplona, Aranzadi, 1997, pàg. 20. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M, "Lo individual y lo colectivo en el despido objetivo", RL, 1996-I, pàg. 99. Aquest autor posa en relleu que la decisió empresarial de reduir o suprimir personal a través de l'acomiadament col·lectiu no suposa només una sèrie d'actes jurídics. A més, per la seua dimensió implica també un fet social que afecta la situació del mercat de treball, en el qual trobem interessos de diferent tipus: els de l'empresari, els dels treballadors afectats; els d'aquells que no estan afectats i els de les organitzacions representatives que tenen un paper ambivalent, de defensors de l'ocupació i de responsables d'una política econòmica que afavoresca la competitivitat i la productivitat de les empreses.

⁸ DURAN LÓPEZ, F, "Contenidos laborales del derecho constitucional a la libertad de empresa", en DA, PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F (Dir), "Libertad de empresa y relaciones laborales en España", IEE. 2005. pàg. 59 i següents.

Si traslladem aquestes apreciacions a l'àmbit laboral, hem de deduir que la llibertat d'empresa compren la facultat de desenvolupar una activitat empresarial, d'organitzar els seus recursos i dirigir els seus treballadors. També compren la facultat de decidir quant vol produir i amb quants treballadors i clar està, compren la facultat de deixar de produir i abandonar el mercat. Així doncs, que aquesta darrera facultat treu a col·lació la problemàtica dels acomiadaments per causes empresarials.

Certament, la llibertat d'empresa compren la facultat de deixar de produir definitivament o de forma parcial i la facultat de reorganitzar la seua activitat i realitzar les reestructuracions necessàries. Però, l'ordenament laboral no atorga a l'empresari una facultat il·limitada per gestionar la seua empresa, que és tradueix en la facultat d'aquest de poder dur endavant les reestructuracions que vulga fonamentant aquella decisió en la seua voluntat. Aquesta afirmació ens obliga a determinar quin tipus d'interès protegeix l'ordenament jurídic, sobretot, quan parlem d'acomiadaments col·lectius: l'interès de l'empresari o l'interès d'empresa⁹. Des del meu entendre, allò que es tracta de protegir no és l'interès de l'empresari, la qual cosa podria justificar acomiadaments col·lectius totalment discrecionals i sense causa amb l'objectiu d'aconseguir majors beneficis. Al menys, el principal objectiu de l'ordenament laboral no és protegir el lucre empresarial.

No obstant això, podríem entendre que l'interès que tracta de protegir l'ordenament és la productivitat de l'empresa. En aquest sentit, l'art 38 CE garanteix la llibertat d'empresa en el marc d'una economia de mercat i alhora preveu que els poders públics es comprometen a defensar la productivitat, la qual cosa impedeix que l'empresari pugui acomiadar lliurement i sense cap limitació. L'acomiadament per causes empresarials exigirà fonamentar aquesta decisió en una de les causes relacionades amb el funcionament de l'empresa. En aquest sentit, l'existència de la causa es configura com la primera limitació dels poders d'organització de l'empresari i també de la llibertat d'empresa o d'una de les facultats que integren el seu contingut essencial¹⁰.

Així doncs, malgrat que el contingut essencial de la llibertat d'empresa inclou la facultat consistent a deixar de produir parcialment o definitivament i permet realitzar les reestructuracions necessàries, l'empresari no podrà decidir unilateralment determinades mesures que es poden adoptar en funció de la situació de l'empresa o no podrà executar unilateralment el seu projecte d'acomiadament col·lectiu. Totes aquestes decisions empresarials que aborden diferents tipus de reestructuracions empresarials exigeixen el respecte de determinats requisits: la concurrència d'una causa i respectar el procediment previst. Pel que fa als acomiadaments col·lectius, aquests requisits impliquen:

⁹ DEL VALLE VILLAR, JM, "La extinción del contrato de trabajo por causas económicas, técnicas organizativas o de producción". ACARL, 1996. Pàg. 142. La referència a l'empresa en l'art 38 CE és també un important punt de partida per superar la identificació entre empresa i empresari. La referència a l'empresa en la CE podria significar que la llibertat d'empresa té uns límits intrínsecs que limiten alhora la llibertat de l'empresari i condicionen les seues decisions.

¹⁰ STC 22/1981, 2 de juliol de 1981: el Dret al Treball no s'exhaureix en la llibertat de treballar, suposa també el dret a un lloc de treball i com a tal, presenta un doble aspecte: individual i col·lectiu. La seua vessant individual es concreta en el dret a la continuïtat o estabilitat en l'ocupació, és a dir, en el dret a no ser acomiadat sense causa justa. En la seua vessant col·lectiva el dret al treball implica un mandat als poders públics per tal que realitzen una política de plena ocupació.

En primer lloc, l'existència d'un desequilibri empresarial de caràcter estructural que justifica la mesura que es pretén adoptar. En relació amb l'element causal, podríem pensar que l'ET de 1980 podia afectar el contingut essencial de la llibertat d'empresa, ja que només permetia aquestes reestructuracions davant situacions patològiques i quasi terminals, la qual cosa no respecta massa el seu contingut essencial que inclou la facultat d'iniciar una activitat empresarial i la facultat d'eixir del mercat.

Certament, la regulació legal sobre les reestructuracions empresarials ha de respectar aquell contingut essencial i permetre que l'empresari pugui adoptar diferents tipus de mesures en funció del desequilibri. Així és, ha de fer possible les reestructuracions i reorganitzacions i en cas necessari, les reestructuracions definitives de l'empresa. Però evidentment, complint determinades garanties per als treballadors. En aquest sentit, les posteriors reformes han avançat en aquest terreny i han tractat de buscar un punt d'equilibri entre la llibertat d'empresa i el principi d'estabilitat en l'ocupació.

En segon lloc, aquesta llibertat d'empresa, en relació amb els acomiadaments col·lectius, es veu condicionada per l'exigència de reconduir aquesta decisió empresarial a través d'un procediment especial que compren dues fases: durant el període de consultes amb els representants dels treballadors hauran de negociar determinades mesures que tracten de reduir les seues repercussions socials. En canvi, en la segona fase, s'iniciarà la instrucció de l'expedient i intervindrà la intervenció l'autoritat laboral.

També aquest procediment ha evolucionat mitjançant les successives reformes amb l'objectiu de conciliar els diferents interessos en joc: la llibertat d'empresa i el dret al treball o més concretament el principi d'estabilitat en l'ocupació. En aquest sentit, molt s'ha discutit sobre si aquest procediment i concretament l'autorització administrativa, podia lesionar la llibertat d'empresa¹¹. Possiblement els marges d'actuació de l'autoritat laboral en l'estatut de 1980 podien restringir excessivament aquesta llibertat. Però com he dit, les successives reformes han tractat de conciliar aquests interessos.

En qualsevol cas, cap d'aquestes dues etapes del procediment, ni l'exigència d'unes causes concretes que justifiquen l'expedient lesionen la llibertat d'empresa. Així és, perquè com s'ha comentat, l'existència d'altres valors diferents a la llibertat d'empresa i que també tenen rellevància constitucional ens obliguen a realitzar aquesta institució, art 51 ET, des d'uns plantejaments més socials.

Convé recordar també, que aquestes reestructuracions repercutiran necessàriament sobre els nivells d'ocupació a l'empresa, la qual cosa afectarà la societat i el mercat laboral en la mesura que augmentarà el número d'aturats. En aquest sentit, el principi d'estabilitat en l'ocupació i el dret a la negociació col·lectiva però també, l'existència d'altres compromisos previstos en la CE, segons els quals els poders públics

¹¹ DEL VALLE VILLAR, JM, "La extinción del contrato de trabajo por causas económicas, técnicas organizativas o de producción", op.cit, pàg. 125. DURAN LÓPEZ, F, "Contenidos laborales del Derecho constitucional a la libertad de empresa", en D.A, "Libertad de empresa y relaciones laborales en España", op.cit, pàg. 65 y 66. ALBIOL MONTESINOS, I, "Medidas laborales extraconcursales de reestructuración y saneamiento de empresas", en D.A, "XVI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social", ed. Lumen, 2005. Pàg. 2. La llibertat d'empresa no resulta constitucionalment lesionada per l'existència d'algunes limitacions que la disciplinen, entre altres pel compliment del requisit d'autorització administrativa que tutela diferents béns constitucionals i els drets d'altres.

promouran les condicions necessàries per al progrés social o fomentaran la formació i la readaptació professional, justifica la participació dels treballadors a l'hora de tramitar aquestes mesures i la necessitat de negociar mesures que redueixen els efectes negatius dels acomiadaments.

Però a més, com ha posat en relleu algun autor i el mateix TC¹², la finalitat tuitiva del Dret al treball explica aquestes limitacions o condicionaments que pateix la llibertat d'empresa a l'àmbit laboral. Certament, l'ordenament laboral ha tractat de compensar i corregir aquelles desigualtats d'origen entre les parts i ha sotmès els acomiadaments a determinades exigències causals i de procediment. Així ho reconeix el TC¹³ quan afirma “que la finalitat compensadora de l'ordenament laboral no vulnera el principi d'igualtat, art 14 CE. De tot això deriva l'específic caràcter del Dret laboral que a diferència del dret de contractes, basat en els principis de llibertat i igualtat de les parts, es constitueix com un ordenament compensador i igualador”

2) EVOLUCIÓ LEGISLATIVA DELS ACOMIADAMENTS PER CAUSES EMPRESARIALS:

Abans de començar a analitzar els diferents elements que delimiten els acomiadaments per causes empresarials en la regulació actual, cal analitzar l'evolució legislativa d'aquest tipus d'acomiadaments. Com podem comprovar seguidament, l'evolució legislativa dels acomiadaments per causes empresarials ha posat en relleu una tendència cap a la flexibilitat en aquesta matèria. Segons ens deien, aquesta flexibilitat era necessària, perquè les empreses havien d'adaptar-se l'entorn econòmic i aquest les imposava la necessitat de reorganitzar-se contínuament i de forma permanent per poder subsistir en el mercat o per poder millorar la seua competitivitat. Tal vegada, aquesta necessitat empresarial es podia aconseguir de diferents formes, però en el nostre cas hem tractat d'aconseguir-ho fent més flexible el règim jurídic dels acomiadaments per causes empresarials i incidint en l'element causal i teleològic i en el procediment.

Les successives reformes que s'han produït des de 1980 han aconseguit abandonar un model jurídic dels acomiadaments per causes empresarials caracteritzat per una evident rigidesa (ET 1980) i l'ha transformat en un més flexible a través d'un procés de reformulació causal i conceptual. Hem passat d'un règim jurídic caracteritzat per l'existència d'una única via per acomiadar per causes empresarials a un règim jurídic que sota la genèrica denominació: acomiadaments per causes empresarials, inclou un doble procediment per acomiadar per les mateixes causes, art 51 ET i art 52.c ET.

La conseqüència d'aquests canvis és clara: els darrers canvis legislatius han tractat de configurar una via d'acomiadament per causes empresarials, art 52.c ET, cada vegada menys excepcional, que permet a les empreses afrontar les contínues reorganitzacions empresarials imposades pel mercat i la competència. Tanmateix, per poder comprendre la transformació que ha patit el règim jurídic dels acomiadaments per causes empresarials és necessari analitzar un poc més detalladament els antecedents més immediats de l'actual regulació jurídica, és a dir, la reforma de 1994 i de 1997.

¹² GOERLICH PESET, JM, “Libertad de empresa y extinción del contrato de trabajo”, en DA, “Libertad de empresa y relaciones laborales en España”, op.cit, pàg. 232 i 233.

¹³ STC, 3/1983, de 25 de gener.

2.1) ELS ACOMIADAMENTS PER CAUSES EMPRESARIALS DESPRÉS DE LA REFORMA DE 1994:

La regulació jurídica recollida en l'ET de 1980 sobre aquests tipus d'acomiadaments va posar de manifest alguns intents per donar flexibilitat a aquesta matèria. Malgrat tot, aquest propòsit no es va aconseguir ni en l'actuació administrativa ni en la jurisprudència que va continuar aplicant la concepció precedent dels acomiadaments "per crisi" com situacions patològiques de les empreses. Per altra part, tampoc la fase de negociacions va facilitar aquests acomiadaments¹⁴.

Així doncs, que la poca flexibilitat d'aquesta regulació i la successió de cicles de recessió o de reactivació econòmica amb greus resultats per a l'ocupació motivaren successives reformes laborals¹⁵ que incidiren amb major o menor profunditat sobre les distintes institucions recollides en l'ET. Segons explicava el legislador per a justificar la reforma de 1994, l'existència d'un context econòmic si més no complicat i caracteritzat per unes altes taxes de temporalitat¹⁶, d'atur¹⁷ i una economia estancada impedia el correcte funcionament de les empreses en el mercat. Així doncs, seran la defensa de la adaptabilitat i la productivitat els principis que inspiraran les posteriors regulacions sobre aquesta matèria, en perjudici del principi d'estabilitat en l'ocupació¹⁸.

La mateixa exposició de motius de la Llei 11/1994 afirmava: "que ens trobàvem davant una economia que tenia problemes per al creixement econòmic. A més a més, una vegada assolit aquest, no generava uns efectes massa dinàmics a l'hora de crear ocupació". Tant és així, que es considerava que el nou àmbit econòmic on havien de treballar les empreses exigia mecanismes jurídics més flexibles, perquè les empreses havien d'afrontar noves situacions: la internacionalització de l'economia, l'accés al mercat i la competència mundial de països que fins aquells moments es trobaven allunyats del panorama econòmic.

Davant aquesta conjuntura prompte va quedar patent la necessitat de modificar bona part de les institucions recollides en l'ET amb l'objectiu d'afavorir la competitivitat de les empreses i l'adaptabilitat d'aquestes a les noves circumstàncies

¹⁴ RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M, "El despido por motivos objetivos atinentes a la empresa", RL, 1998-I, Pàg. 82.

¹⁵ Llei 4/1993, de 29 de juny, Llei 32/1984, de 2 d'agost, RDLL 1/1986, de 14 de març, Llei 8/1988, de 7 d'abril, Llei 3/1989 de 3 de març, Llei 8/1992, de 30 d'abril, Llei 36/1992, de 28 de desembre, Llei 10/1994, de 19 de maig, Llei 11/1994, de 19 de maig, Llei 63/1997, de 26 de desembre, RDLL 15/1998, de 27 de novembre.

¹⁶ Entre 1984 i 1992, Espanya va tenir la taxa de rotació de mà d'obra més elevada de tots els països de la Unió Europea: el 18% de les persones que treballaven en un sector en un moment donat, no estaven al mateix un any abans. ARAMENDI SÁNCHEZ, J.P, "Los despidos por causas técnicas, organizativas o de producción", op. Cit, Pàg. 60.

¹⁷ Durant la transició i els primers anys de la democràcia es va produir una important destrucció de llocs de treball que es va relacionar amb l'increment dels costos laborals. Només a partir de 1985 va tornar a créixer el número d'ocupats. Això sí, l'ocupació indefinida va continuar disminuint. ARAMENDI SÁNCHEZ, J.P, "Los despidos por causas técnicas, organizativas y de producción", op. Cit., pàg. 61.

¹⁸ Segons MONEREO PÉREZ, J.L, FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A, "El despido colectivo en el derecho Español", op. Cit. Pàg. 31. La ponderació del criteri de "ratio econòmica" en la nova regulació posa de manifest com la normativa laboral sobre reestructuracions empresarials ha reforçat la nota típica del dret del treball assalariat : la subordinació de la prestació de treball a les necessitats de canvi de l'organització productiva en conjunt.

dels processos productius i a les innovacions tecnològiques. En paraules del legislador, l'adaptabilitat i la flexibilitat de la reforma laboral no es pretenia assolir a través de la "desregulació"¹⁹". Segons les seues paraules, l'objectiu no era fer desaparèixer les garanties legals de la posició individual dels treballadors o les facultats col·lectives, sinó revisar la normativa i potenciar la negociació col·lectiva com un instrument hàbil per tal d'aconseguir la tan anomenada adaptabilitat.

Segons Escribano Gutiérrez, J²⁰ en l'esmentada reforma es va optar per la "Re-regulació". Optaren "per la revisió normativa evitant tot allò que en la legislació anterior creava rigidesa i acudiren a la negociació col·lectiva per tal d'aconseguir una regulació més flexible". Al llarg d'aquest procés, els empresaris demanaren insistentment regulacions més flexibles en relació amb les formes d'entrada i eixida del mercat de treball: "flexibilitat d'entrada" i "flexibilitat d'eixida". La conseqüència no es va fer esperar: es va produir un augment del treball precari i de la vulnerabilitat i desprotecció dels treballadors.

Alhora, aquesta major flexibilitat d'entrada i d'eixida es pretenia aconseguir a través de la negociació col·lectiva. La norma convencional va adquirir una nova dimensió i li reconegueren noves facultats que ampliaren els seus continguts, amb la qual cosa es va produir un replegament de la Llei. Així és, amb aquests canvis la Llei passa a enunciar principis susceptibles de ser modificats per la norma convencional, amb la qual cosa es va produir una cessió de la norma estatal a favor de la norma convencional.

Així doncs, la idea subjacent que va inspirar l'esmentada reforma no va ser altra que la necessitat de donar major flexibilitat a les relacions laborals i en concret, al règim jurídic de l'acomiadament per circumstàncies que afecten el funcionament de l'empresa²¹. Es tenia molt present que la rigidesa jurídica i l'elevat cost per a reduir els excedents de mà d'obra davant les variacions de la demanda afectava la capacitat de les empreses per a adaptar-se als canvis tecnològics i a l'incertesa de l'entorn econòmic. Però a més a més, es pensava²² que la rigidesa en aquests tipus d'acomiadament implicava dificultats a l'hora de reduir les altes taxes de temporalitat.

En darrer lloc, la negociació col·lectiva va posar en relleu la connexió existent entre la contractació temporal i els acomiadaments econòmics. Amb posterioritat a la reforma començaren a sorgir alguns pactes col·lectius en els quals intercanviaven

¹⁹ STANDING, G, "Globalización, flexibilidad laboral e inseguridad: La era de la regulación mercantil", en D.A: Precariedad laboral, flexibilidad y desregulación, València, ed. Germanies, 2000, pàg. 302. Aquest autor afirma que no existeix cap cosa que puguem anomenem "desregulació" dels mercats laborals. Cap societat podria existir sense regulació. Amb la nova ortodòxia hi ha una fe fervent en els mercats i una forma de Malthusianisme.

²⁰ ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J, "Autonomía individual y colectiva en el sistema de fuentes del derecho del trabajo", CES, 2000, Pàg. 18.

²¹ LÓPEZ GANDIA, J, "La reforma del mercado de trabajo según el documento presentado por el CES", TS, nº32 i 33, 1993, pàg. 17: la reforma del mercat de treball no pretén només una eixida a la crisi econòmica actual, va més enllà i posa en qüestió el sistema de relacions laborals i els nivells de protecció socials i posa en relleu les seues mancances estructurals a efectes d'un joc més lliure del mercat. Això implica implícitament qüestionar alguns aspectes de garanties del Dret del Treball. El seu fons liberal suposa ideològicament qüestionar el Dret del Treball en allò que no ajude a la flexibilitat i a les operacions econòmiques

²² ARAMENDI SÁNCHEZ, J.M, "Los despidos por causas técnicas, organizativas y de producción", op. Cit, Pàg. 60.

contractes indefinits per flexibilitat en l'extinció dels contactes de treball. La fórmula adoptada en aquests pactes consistia a prevenir determinades situacions que podien afectar el funcionament de l'empresa, situacions que si es donaven justificaven l'acomiadament però a canvi, l'empresari renunciava a conservar els elevats nivells de temporalitat²³. Aquesta nova filosofia va evidenciar que el problema del mercat de treball ja no era un problema aïllat, la regulació de les relacions laborals perdia autonomia progressivament i cada vegada més, es configurava com una variable econòmica.

2.2) LA DELIMITACIÓ JURÍDICA DELS ACOMIADAMENTS PER CAUSES EMPRESARIALS A PARTIR DE LA REFORMA DE 1994:

El règim jurídic dels acomiadaments per causes tecnològiques o econòmiques anterior a la reforma de 1994 deixava poc espai a la flexibilitat. A més, com explica l'exposició de motius de la Llei 11/1994 "des de 1980, any d'entrada en vigor de l'ET, fins al 1994, any de la reforma, el marc econòmic en què les empreses desenvolupen la seua activitat presenta notables diferències". El legislador va prendre bona nota d'aquestes necessitats i a través de la Llei 11/1994, de 19 de maig, va modificar el règim jurídic dels acomiadaments per causes empresarials: l'art 51 i 52.c ET.

No obstant això, la reforma va anar més enllà i va modificar els art 40, 41 i 42 de l'ET, amb la qual cosa ampliaren les causes justificatives als següents supòsits: mobilitat funcional, mobilitat geogràfica i modificació substancial de les condicions de treball. Amb la nova regulació ampliaven els marges d'actuació de l'empresari, perquè davant un desequilibri econòmic o davant una situació que posés en relleu una alteració tècnica, productiva o d'organització, aquest podia adoptar diferents mecanismes previstos en l'ordenament jurídic, depenent de la gravetat de la situació empresarial.

Dit en altres paraules, amb la nova regulació es pretenia harmonitzar i alhora diferenciar les causes previstes en els art 40,41, 42, 47, 51 i 52.c ET, perquè les esmentades causes passaren a exigir-se tant en els supòsits dels acomiadaments com en el cas dels trasllats i modificacions de les condicions de treball però alhora, les causes no tenien el mateix significat en tots els supòsits²⁴. La reforma va anar més enllà i va modificar la qualificació dels acomiadaments, dels art 55 ET i 108 LLPL i va introduir modificacions relacionades amb l'adquisició dels salaris de tràmit que es recolliren en els art 111 i 112 LLPL. Amb les modificacions introduïdes es pretenia dotar de major flexibilitat als mecanismes d'eixida i reduir els costos dels acomiadaments individuals o plurals²⁵.

²³ ESCUDERO RODRÍGUEZ, R, "Adaptabilidad y causalidad de la contratación en la negociación colectiva posterior a la reforma", RL-I, 1997, Pàg. 250.

²⁴ GARCÍA FERNÁNDEZ, M, "Razones económicas, técnicas, organizativas y de producción en las decisiones empresariales de modificación y extinción del contrato de trabajo", AL, 1995, Pàg. 78. RAMÍREZ MARTÍNEZ, JM, "El despido por causas objetivas: La amortización de puestos de trabajo", en, D.A, "Comentarios a las leyes laborales, ", Tomo II, op. Cit., pàg. 64. una de les conseqüències importants de la reforma del 1994 va consistir a concebre de forma uniforme les causes justificatives tant de la mobilitat geogràfica com de la modificació substancial de les condicions de treball, de la supressió, de l'acomiadament col·lectiu i com de l'acomiadament de l'art 52.c ET.

²⁵ SENRA BIESMA, R, "Los despidos individuales y plurales", D.A, La reforma de 1994", op. Cit. Pàg. 254: Aquest autor afirma que els propòsits de la reforma de 1994 s'aconseguien de forma indirecta a través de les següents mesures: es pot reduir o suprimir la indemnització a través de les noves formes de contractació temporal. Disminució del termini obligatori de preavís en els acomiadaments individuals o plurals. Congelació dels salaris de tràmit en el moment de l'oferta i dipòsit de la indemnització per

Pel que fa als acomiadaments per causes empresarials, la llei 11/1994 va introduir tres aspectes importants que afectaren el seu règim jurídic. En primer lloc, el legislador, conscient de l'existència de tota una sèrie de circumstàncies que poden afectar el funcionament de l'empresa i donar lloc a mesures de reorganització empresarial, va ampliar les causes d'extinció i va incloure les d'organització i les de producció. No obstant això, hi ha qui considera que més que una vertadera ampliació de les causes, la reforma va voler corregir aquelles posicions interpretatives realitzades per la jurisprudència i la doctrina administrativa que restringien els marcs legals de referència i limitaven la validesa de les causes econòmiques i tecnològiques²⁶.

La segona novetat que va introduir la norma reformadora va consistir a eliminar el requisit d'autorització administrativa per a aquells acomiadaments que no superaren en un període de temps determinat els límits previstos en l'art 51 ET en funció de la plantilla de l'empresa. En darrer lloc, el legislador va introduir determinats canvis en el procediment administratiu d'autorització dels acomiadaments col·lectius. El resultat d'aquestes modificacions donaren lloc a un sistema d'acomiadaments per causes empresarials, art 52.c i 51 ET si més no complicat.

A través dels esmentats canvis el règim jurídic dels acomiadaments per causes empresarials quedava en els següents termes: per una part, l'art 52.c ET permetia extingir el contracte de treball quan "existia la necessitat objectivament acreditada d'amortitzar llocs de treball per alguna de les causes previstes en l'art 51.1 ET i en un número inferior a l'establert en aquest. Els representants dels treballadors tindran prioritat de permanència a l'empresa"²⁷. Per altra part, l'art 51 ET establia que les

acomiadament improcedent. Conversió de la majoria dels supòsits de nul·litat dels acomiadaments individuals o plurals disciplinaris i "atípics" en improcedents. Ampliació dels supòsits dels acomiadaments individuals o plurals a través de la nova redacció de l'art 52.c ET.

²⁶ ARAMENDI SÁNCHEZ, JP, "Los despidos por causas técnicas, organizativas y de producción", op cit, Pàg. 37. RODRÍGUEZ DE LA BORBOLLA, J, "De la rigidez al equilibrio flexible. El concepto de causas económicas y tecnológicas", CES, 1994, Pág. 140. Considera que la nova denominació no suposa una ampliació del concepte de causa econòmica o tecnològica, ni una introducció de noves causes. Amb la nova denominació es produeix una millor identificació d'un concepte que ja es trobava reconegut en el nostre ordenament. En paraules d'aquest autor, la Llei 11/1994, només va tractar de precisar el concepte anteriorment vigent i va tractar d'impedir determinades interpretacions. En un mateix sentit, MONEREO PÉREZ, J.L, FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A, "El despido colectivo en el derecho español", op.cit, pàg. 89. Considera que la introducció de causes noves va ser més aparent que real, perquè les causes d'organització i de producció havien estat englobades per la pràctica administrativa i judicial en les causes anomenades "tecnològiques". La novetat no va ser introduir noves causes, la novetat va consistir a aplicar nous criteris que pretenien dotar de flexibilitat aquestes causes. CASAS BAAMONDE, M.E, "La causalidad del despido colectivo, autorización administrativa, y negociación colectiva", RL, nº19, 1996, pàg. 44. A diferència d'aquests autors citats, considera que les causes d'aquests acomiadaments experimentaren una ampliació des de l'anterior formulació recollida en l'ET de 1980. A través d'aquest canvi el legislador pretenia ampliar el seu enteniment i evitar les interpretacions anteriors de la jurisprudència. DESDENTADO BONETE, A, "El despido objetivo económico: ámbito, causas, forma, efectos y control", en D.A, " El régimen del despido tras la reforma laboral", ed. Tecnos, pàg. 260. Considera que la redacció del nou art 51 ET és més amplia que l'antiga que només feia menció a les causes "tecnològiques o econòmiques". Aquesta ampliació té un caràcter essencialment clarificador, perquè dins dels motius tecnològics s'han d'incloure les actuals causes tècniques, d'organització o de producció. En realitat no hi ha una vertadera definició de les causes, perquè en un sentit ampli allò tècnic, productiu o relacionat amb l'àmbit de l'organització forma part d'allò econòmic.

²⁷ MOLERO MANGLANO, C, ha assenyalat que el nou art 52.c, és una institució amb un doble origen: per una part, l'antiga amortització del lloc de treball com a modalitat d'acomiadament objectiu i per altra, els antics expedients de regulació d'ocupació per a l'extinció de contracte per causes econòmiques o

extincions del contracte de treball fonamentades en causes econòmiques, tècniques, organitzatives o de producció, sempre que superaren els límits legals i es realitzaren dins d'un període de noranta dies, havien de tramitar-se a través dels expedients de regulació d'ocupació²⁸.

2.2.1) EL NOU ART 52.C: L'AMORTITZACIÓ DE LLOCS DE TREBALL PER CIRCUMSTÀNCIES QUE AFECTEN EL FUNCIONAMENT DE L'EMPRESA:

A través de la reforma de l'art 52.c ET, el legislador va aconseguir extreure del tràmit d'autorització administrativa determinat número d'acomiadaments que es fonamentaven en les mateixes causes que els acomiadaments col·lectius²⁹. D'aquesta forma, el legislador va establir dos procediments per tal d'acomiadar per circumstàncies relacionades amb el funcionament de l'empresa.

En el supòsit de l'art 51 ET, el legislador va articular un procediment de dues fases: el període de negociació i consulta amb els representants dels treballadors i la fase administrativa. Lògicament, les conseqüències socials que deriven d'aquest tipus d'acomiadament i els interessos subjacents en els acomiadaments col·lectius justifiquen la necessària intervenció dels representants dels treballadors i el control administratiu. En definitiva, les característiques d'aquest procediment posen en relleu un major grau de garanties. En canvi, el procediment previst per al cas de l'art 52.c ET està sotmès a unes garanties de menor intensitat. Això sí, aquestes extincions estan subjectes a un control judicial posterior³⁰.

tecnològiques. MOLERO, MANGLANO, C, "La amortización de puestos de trabajo en el reformado Art. 52.c ET a la luz de su primer tratamiento judicial". AL, 1995, nº27, pàg. 449. RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M, "El despido por causas objetivas: La amortización del puesto de trabajo", en D.A, "Comentario a las leyes laborales", Tomo II, op. Cit., pàg. 71. Amb la nova redacció de l'art 52.c, les causes justificatives de l'amortització del lloc de treball prevista en l'art 52.c ET passen a ser les econòmiques, tècniques, d'organització o de producció. En canvi, anteriorment, l'antic art 52.c no especificava clarament les causes justificatives. No existia dubte que era una institució causal, però no es concretaven les causes.

²⁸ MONGE RECALDE, JL, "Comentarios a la reforma Laboral de 1994", Barcelona, ed. BOSCH, pàg. 120: La nova normativa és mou entre dos extrems: la necessitat de garantir els drets i interessos col·lectius i per altre, garantir la supervivència futura de l'empresa, per això mantenim l'autorització administrativa, encara que limitada als acomiadaments col·lectius.

²⁹ GONZÁLEZ GOMEZ, J.A, "La tendencia hacia la individualización de las causas d'extinción colectiva a través del despido objetivo", en D.A, CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J (Coo), "Presente y futuro de la regulación del despido", Pamplona, ed. Aranzadi, 1997, pàg. 207: L'expedient de regulació d'ocupació va ser la via més utilitzada fins al 1994. Amb la reforma de 1994 disminueix en vuit punts la seua utilització i va ser l'instrument més utilitzat entre les empreses que tenien unes dimensions entre 1 i 25 treballadors. Per contra, és el menys utilitzat en empreses amb unes dimensions superiors a 101 treballadors. El mateix autor apunta que l'expedient de regulació d'ocupació va tindre major rellevància al 1993 amb un coeficient d'utilització del 22,996 enfront al 13,654 de 1994 i 6,947 de 1995.

³⁰ MONEREO PÉREZ, JL, FERNÁNDEZ AVILÉS, JA, "El despido colectivo en el derecho español", op.cit, Pàg. 46: La nova regulació té un clar efecte induït de "desindicalització" a les empreses de menors dimensions i reductor de la intervenció dels representants dels treballadors en el procediment decisoriu empresarial. D'aquesta forma, augmenta la individualització de les relacions laborals i el poder de decisió de l'empresari. CRUZ VILLALÓN, J, "Las reformas de 1997 y 1998 en materia de despido directo por causas económicas y empresariales", en D.A, MONEREO PÉREZ, .L, "La reforma del marco normativo del mercado de trabajo y el fomento de la contratación indefinida: puntos críticos", Granada, ed.: Comares, 1999, pàg. 335: A partir de 1994 es permet que un gran número d'acomiadaments per causes relacionades amb la marxa de l'empresa se canalitzen per la via de l'art 52.c ET sense que s'hagen de sotmetre a controls administratius o sindicals. La reforma del 1994 va habilitar un ús reiterat d'aquesta causa d'acomiadament en detriment de l'acomiadament col·lectiu i de l'acomiadament disciplinari

Amb aquestes modificacions, el legislador ha articulat una doble via d'acomiadament per circumstàncies relacionades amb el funcionament de l'empresa on l'element causal lluny de ser un element de delimitació entre el supòsit de l'art 52. c ET i el supòsit de l'art 51 ET, és un element d'identitat entre els acomiadaments per circumstàncies empresarials. L'ET delimita els acomiadaments per circumstàncies empresarials a través de criteris quantitius i temporals. De tal forma, que tot allò que no és acomiadaments col·lectius per les causes previstes en l'art 51 ET i en atenció al número de treballadors afectats, haurà de reconduir per l'art 52.c ET. En segon lloc, és precisament aquesta doble via d'acomiadament per causes empresarials la principal diferència respecte al seu antecedent.

La redacció donada a l'art 52.c ET per la Llei 11/1994 presentava evidents diferències respecte al seu antecedent: en primer lloc, desapareix un dels requisits que justificaven la seua utilització en el règim anterior i que consistia en el fet que “no procedira utilitzar el treballador en altres tasques de l'empresa en la mateixa o distinta localitat”. En segon lloc, el legislador suprimeix, quan es crea de nou el lloc de treball amortitzat, la prioritat en el reingrés. En canvi, reconeix la prioritat de permanència dels representants dels treballadors.

A nivell causal, no només es concreten les causes justificatives de la necessitat d'amortitzar llocs de treball a través de la remissió a les causes de l'art 51 ET a més, i això sembla més important, la causa d'acomiadament de l'art 52.c ET deixa de ser una causa d'acomiadament individual i esdevé una causa d'acomiadament individual o plural. Recordem que la jurisprudència³¹ dictada sobre l'antic art 52.c ET normalment negava la possibilitat d'acomiadar a més d'un treballador emparant-nos en l'art 52.c ET. En darrer lloc, es produeix una identitat causal entre el supòsit de l'art 51 i 52.c ET.

Tanmateix, la nova redacció de l'art 52.c ET no va aconseguir superar alguns dels problemes interpretatius i de pas, en va crear alguns de nou. Així és, igual que establia l'antic art 52.c en l'ET de 1980, el nou art 52.c ET fa menció al terme *necessitat objectiva d'amortitzat llocs de treball*. Aquesta expressió va obrir de nou el debat i va plantejar posicions judicials oposades. En recollir de nou aquesta expressió, començaren a plantejar-se si aquest terme exigia una vertadera amortització del lloc de treball, amb la qual cosa va sorgir la necessitat de donar contingut a aquest terme.

Des d'algunes resolucions judicials, igual que anteriorment, es va defensar que per tal d'entendre justificat l'acomiadament segons l'art 52.c ET havia de produir-se una amortització del lloc de treball³², és a dir, havia de desaparèixer el lloc de treball i les funcions. Es deia a més, que una vegada analitzada la concurrència de la causa era necessari comprovar, si es donava la necessitat objectivament acreditada d'amortitzar llocs de treball, un requisit no contemplat en l'art 51 ET i que singularitza els acomiadaments objectius enfront els col·lectius. Així doncs, que en els acomiadaments objectius la decisió està encaminada a “amortitzar llocs de treball”.

improcedent. En un mateix sentit: MONEREO PÉREZ, J.L, FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A, “Empresa y Despido: mecanismos extintivos del contrato de trabajo por necesidades de la empresa”, en D.A, “La reforma del marco normativo del mercado de trabajo y el fomento de la contratación indefinida”, op. Cit., pàg. 393.

³¹ STS, 29 de gener de 1985, Ar 121. i STCT, 6 abril de 1984, Ar 3312.

³² STSJ de Castella la Manxa, 13 de juliol del 1995 (136). AL, n°3, 1996.

Segons aquesta interpretació, no era suficient amb la concurrència de la causa, era necessari que acreditarem que els llocs de treball dels acomiadats havien desaparegut per no ser necessaris en l'organigrama de l'empresa. Enfront d'aquestes interpretacions es deia que era possible que existira una "amortització de llocs de treball", quan desapareixia el lloc de treball però, les funcions persistien³³. Aquesta va ser la interpretació majoritària. Ara bé, acceptada aquesta possibilitat, és a dir, que era compatible la desaparició del lloc de treball amb la subsistència de les funcions, el debat es va centrar a analitzar si qualsevol decisió empresarial referent a les funcions del lloc de treball era vàlida.

2.2.2) EL NOU ART 51 ET: L'ACOMIADAMENT COL·LECTIU:

El règim jurídic dels acomiadaments per circumstàncies empresarials introduït per la reforma del 1994 i concretament, el previst per als acomiadaments col·lectius, seguia les línies recollides en la Recomanació n°119 de 1963 i en el Conveni n°158 de l'OIT. El Conveni n°158 va ser subscrit per la Conferència General d'Organització del Treball després d'adonar-se que des de l'aprovació de la Recomanació de 1963 els estats havien patit novetats en les seues legislacions que afectaven matèries recollides en ella. Així doncs, que davant aquesta situació decidiren elaborar un nou conveni: "Conveni sobre la finalització de la relació de treball per iniciativa de l'empresari"³⁴.

En aquesta normativa, es diferencia els acomiadaments tenint en compte el seu origen. De tal forma, que hem de diferenciar entre acomiadaments que responen a la conducta del treballador i acomiadaments que responen a una necessitat empresarial. L'art 4 del Conveni n°158 de l'OIT recull la següent previsió: "No podrem finalitzar la relació de treball d'un treballador, si no existeix una causa justificada relacionada amb la seua capacitat o en la seua conducta o basada en les necessitats de funcionament de l'empresa, establiment o servei".

Per la seua part, l'art 13 del Conveni n°158 de l'OIT preveu que quan l'empresari duga a terme finalitzacions per motius econòmics, tecnològics, estructurals o anàlegs, haurà de proporcionar als representants dels treballadors la informació oportuna, els motius al·legats, el número i categoria de treballadors afectats i el període dins del qual es duran a terme aquestes acomiadaments. L'esmentada normativa, també preveu la necessitat d'iniciar unes consultes amb els representants dels treballadors on tractaran la possibilitat d'adoptar mesures encaminades a evitar aquelles finalitzacions o per tal d'atenuar els seus efectes.

Aquesta classificació va ser assumida per la Directiva 75/129. Segons aquesta norma, acomiadament col·lectiu és "l'acomiadament efectuat per l'empresari "per un o més motius no inherents a la persona del treballador". En l'art 1.1.a de la Directiva el

³³ STS, 17 abril de 1986, Ar 8745, Sentència del Jutjat Social n°31 de Madrid, 28 de setembre de 1994, AL (1819), n°47, 1994. STS, 29 de maig del 2001, Ar 5452. STSJ Madrid, 5 de febrer 2003, AL (572), n°19, 2003. En aquesta darrera resolució es diu el següent: que la mesura d'extinció afecte un lloc de treball no significa que les funcions hagen de desaparèixer. El terme amortització significa suprimir un concret lloc de treball sense que siga necessari que desapareguen les seues funcions. Així doncs, lloc de treball i funcions són perfectament separables.

³⁴ L'Estat Espanyol va ratificar el Conveni n°158 de l'OIT, per instrument de ratificació de 18 de Febrer de 1985, publicat en el BOE de 29 de juny de 1985. L'esmentat Conveni va entrar en vigor el 26 d'abril de 1986.

legislador estableix un principi de causalitat “en negatiu”³⁵, perquè allò que pretén és establir una diversitat de causes que no poden ser reconduïdes plenament a una concepció contractual però, tenen en comú l’existència d’un interès econòmic i productiu empresarial objectiu i amb efectes sobre l’ocupació. Com ocorria amb la normativa anterior, la norma comunitària articula una fase de consultes amb els representants dels treballadors encaminada a aconseguir un acord entre les parts.

Després d’aquest breu anàlisi podem dir que el concepte d’acomiadament col·lectiu previst en el nostre ordenament jurídic, i malgrat el desajust de la nostra normativa respecte a l’ordenament comunitari³⁶, ha estat condicionat fonamentalment per les Directives 75/129, 92/56 i la 98/59. La primera d’elles, va delimitar el concepte d’acomiadament col·lectiu a través de criteris quantitius i temporals i alhora, va incorporar un procediment per tramitar aquests acomiadaments. La resta de normes comunitàries complementaren i precisaren les disposicions de la Directiva 75/129. La 92/56 encara que va respectar el concepte d’acomiadament col·lectiu recollit en la Directiva 75/129 va ampliar el seu àmbit d’aplicació i va matisar el criteri numèric. En aquest sentit, va introduir una nova regla sobre el càlcul, segons la qual resulta convenient assimilar als acomiadaments, altres formes d’extinció del contracte de treball efectuades per iniciativa de l’empresari, sempre que el motiu guardi relació amb la persona del treballador i les extincions siguin com a mínim cinc.

Tant la Directiva 92/56 com la 98/59 introduïren una sèrie de precisions i modificacions relacionades amb: el calendari objecte de les consultes, respecte a la naturalesa de la informació que l’empresari ha de facilitar als representants dels treballadors i a les autoritats laborals i igualment introduïren canvis en el desenvolupament de les consultes. La transposició d’aquestes Directives al nostre ordenament jurídic i la reforma operada per la Llei 11/1994 han configurat l’acomiadament col·lectiu, a falta de definició legal, a través de criteris numèrics, temporals i causals³⁷. Seguint amb aquestes pautes, tenen la naturalesa de col·lectius els acomiadaments que tinguen les següents característiques³⁸:

³⁵ NAVARRO NIETO, F, “Los despidos colectivos”, op cit, Pàg. 63. RAMÍREZ MARTÍNEZ, JM, “Extinción del contrato de trabajo por causas económicas: normas comunitarias y régimen español”, AL, 1987, nº33, pàg. 1810. GOERLICH PESET, JM, “Informe técnico-jurídico sobre: El despido colectivo en la Europa comunitaria”, AL, 21 de març de 1993, nº11/15 Pàg. 172.

³⁶ Com assenyala CASAS BAAMONDE, M^a. E, “La causalidad del despido colectivo, autorización administrativa, y negociación colectiva”, op. cit., pàg. 53, la causalitat de l’acomiadament, el número mínim de treballadors afectats, la unitat empresarial, el període temporal del còmput, entre altres elements, són qüestions que no estan o no coincideixen amb la concepció comunitària. En un mateix sentit, ARGÜELLES BLANCO, A.R, “Modificaciones introducidas por la Directiva 92/56, en la regulación de los despidos colectivos: una reflexión a la vista del ordenamiento jurídico Español”, AL, 1994, nº4, Pàg. 54.

³⁷ La identitat causal està subjecta a algunes matisacions després de la reforma operada en l’art 52.c a través del RDLL 8/1997. L’esmentada norma va aportar una definició de les causes d’organització no coincident amb l’establerta en l’art 51. Per a ALBIOL MONTESINOS, I, CAMPS RUIZ, LM i GOERLICH PESET, J.M; “La reforma laboral de 1997”, València, ed. Tirant lo Blanch, 1997, pàg. 71-73, la reforma de 1997, només va introduir variacions respecte a les causes tècniques, d’organització o de producció. Aquesta modificació implica que l’acomiadament col·lectiu per aquestes causes presenta unes exigències més rigoroses que l’acomiadament objectiu per causes tècniques, d’organització o de producció, perquè en el cas de l’art 51 cal que l’acomiadament contribueixi a garantir la viabilitat futura de l’empresa o de l’ocupació. En canvi, en el cas de l’art 52.c només cal que aquest contribueixi a superar unes dificultats que impedeixen el bon funcionament. Conseqüentment, en el supòsit de l’art 52.c no s’exigeix que l’empresa funcione malament, només cal que es donen determinats obstacles que

Els acomiadaments que deriven del cessament total de l'activitat de l'empresa i les extincions del contracte de treball que afecten la totalitat de la plantilla, sempre que el número de treballadors afectats siga superior a cinc. En aquest cas, estarem davant un acomiadament total, previst en l'art 51 tercer paràgraf ET. Però també estarem davant un acomiadament col·lectiu quan els acomiadaments no produeixen el cessament total de l'activitat de l'empresa però, afecten en un període de noranta dies: deu treballadors en empreses que ocupen menys de cent treballadors, el 10% en empreses que ocupen entre cent i tres-cents treballadors i trenta treballadors en empreses de tres-cents treballadors o més. En aquest cas estarem davant d'un acomiadament col·lectiu parcial, art 51.1 ET³⁹.

Com ha posat en relleu algun autor⁴⁰, de la lectura de l'art 51 ET sorgeixen els elements que defineixen l'àmbit dels acomiadaments col·lectius per causes econòmiques, tècniques, d'organització o de producció. En primer lloc, es tracta d'una extinció que es produeix a iniciativa de l'empresari. Així és, és la seua voluntat la que posa en marxa la causa d'extinció. En segon lloc, la seua voluntat ha de fonamentar-se en unes determinades causes: econòmiques, tècniques, d'organització o de producció i en darrer lloc, és un acomiadament que té una afectació col·lectiva. És precisament aquesta afectació col·lectiva la que defineix l'àmbit de l'acomiadament col·lectiu enfront de l'acomiadament objectiu, art 52.c ET.

En qualsevol cas, la conceptualització de l'acomiadament col·lectiu prevista en l'art 51 ET obliga a realitzar dues operacions comptables. Per una part, cal calcular la base de referència sobre la qual aplicarem els percentatges previstos en l'art 51 ET i posteriorment cal calcular el número de treballadors afectats per l'acomiadament per saber si s'assoleixen o no aquells mínims. D'aquesta forma es podrà determinar si els acomiadaments han de tramitar-se pel procediment previst en l'art 51 ET o pel procediment previst en l'art 52.c. Així doncs, la nova regulació introduïda per la reforma de 1994 va suposar una ruptura respecte a la regulació precedent⁴¹, perquè

impeixen el seu correcte funcionament. En un mateix sentit, MONEREO PÉREZ, J.L, FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A, "El despido colectivo en el derecho español", op.cit, Pàg. 27.

³⁸ GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E; "La configuración del despido colectivo en el ET", op. Cit, Pàg. 336. Aquest autor parla d'acomiadament col·lectiu total per oposició al parcial que no és fruit d'una cessació total de l'activitat de l'empresa.

³⁹ RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M, "El despido por causas objetivas: La amortización de puestos de trabajo", en D.A, "Comentarios a las leyes laborales", Tomo II, op. Cit., pàg. 65. Com bé diu aquest autor, l'àmbit d'aplicació de l'art 52.c es defineix de forma negativa. Cal acudir a allò dit en l'art 51ET i quan no apleguem als llindars serà viable l'extinció del contracte de treball.

⁴⁰ DESDENTADO BONETE, A, "Los despidos por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción", en D.A, ESCUDERO RODRÍGUEZ, R, (Coor) "Reforma de la legislación laboral", Jornadas organizadas por la Junta de Andalucía y el Ilmo. Colegio de Abogados de Málaga, noviembre de 1994. Edita: Junta de Andalucía. Consejería de Trabajo e Industria. Pàg. 182.

⁴¹ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I, "Procedimientos de regulación de empleo en el despido colectivo", en D.A, "El régimen del despido tras la reforma", IBIDEM, pàg. 272: Fins a la reforma de 1994 el procediment de l'acomiadament col·lectiu es basava en tres pilars: autorització administrativa en cas d'aconseguir l'empresari acord amb els representants dels treballadors. Previ període de consultes amb aquests i control per l'ordre contenciós administratiu de la decisió de l'autoritat laboral. Els tres pilars es mantenen amb la reforma però, el manteniment és més formal que material, més aparent que real i en tot cas, no existeix continuïtat. No obstant això, LÓPEZ GÓMEZ, J.M, "Las causas económicas y empresariales de despido", en D.A, "Los despidos por causas económicas y empresariales", CRUZ VILLALÓN (Coor), ed. tecnos, 1996, pàg. 40. Considera que la reforma de 1994 en matèria d'acomiadaments per causes empresarials en gran mesura és continuadora de la legislació precedent. No

diferència dos tipus d'acomiadaments⁴²: els individuals o plurals i els col·lectius que tenien en comú una identitat causal⁴³.

Aquesta no va ser l'única novetat aportada per la reforma sobre els acomiadaments per causes empresarials. A més a més, amb el nou règim jurídic dels acomiadaments per causes empresarials, aquests deixen d'identificar-se amb una situació econòmica o tecnològica de caràcter patològic que abocava l'empresa inevitablement al seu tancament. Tot el contrari, amb el canvi normatiu allò que es persegueix és un règim jurídic que permeti i pondere la reorganització empresarial com a interès protegit⁴⁴. A través d'aquests acomiadaments però també a través d'altres mesures que es fonamenten a les mateixes causes, art 40,41,47 ET, allò que busquem afrontar són les reorganitzacions ordinàries i permanents de l'aparell productiu de l'empresa.

La flexibilitat introduïda per la reforma ha permès que a través de l'art 52.c ET es pugui dur a terme reduccions d'ocupació a les petites empreses o petites reduccions a les grans, amb la qual cosa la via de l'art 51 ET queda reservada per a aquelles situacions de gravetat generalitzada que obliguen a adoptar mesures d'abast global⁴⁵. Certament, serà necessària l'existència d'un context de dificultats o de deteriorament empresarial que justifiqui aquestes mesures però, no cal que aquesta exigència derive d'una situació crònica. El tipus de dificultats o el deteriorament empresarial queda patent en comparar els termes de l'art 51, 52.c, 40,41 i 47 ET.

pretén un canvi brusca, es vol una legislació que siga compatible amb la realitat econòmica. No busca la ruptura amb el principi de causalitat, encara que introdueix un nou enteniment de les causes i va donar flexibilitat a la seua comprensió.

⁴² MONEREO PÉREZ, J.L, FERNÁNDEZ AVILÉS, A, "El despido colectivo en el derecho Español", op. Cit. Pàg. 36. Aquest autor, va posar en relleu que fins a la reforma operada per la Llei 11/1994, en el Dret positiu no havien establert límits quantitatius per tal de considerar els acomiadaments col·lectius. Allò important era la causa i no tant el número d'acomiadaments, fins a tal punt, que es podia utilitzar el procediment de l'art 51 ET per a realitzar un únic acomiadament. DESDENTADO BONETE, A, "El despido objetivo económico. Ámbito, causas, forma, efectos y control", en D.A, "el régimen del despido tras la reforma", op. Cit., pàg. 276. Pel procediment de l'art 51 van a tramitar-se menys extincions que amb anterioritat, perquè moltes d'elles passen ara a tramitar-se per la via del 52.c. L'art 51 ha reduït allò que l'art 52.c ha augmentat, un precepte aquest últim que fins a la reforma de 1994 era marginal.

⁴³ CASAS BAAMONDE, M.E, "La causalidad del despido colectivo, autorización administrativa, y negociación colectiva", op.cit, Pàg. 44. Considera que els acomiadaments per circumstàncies empresarials es configuren com una institució única que es divideix, tenint en compte el número d'acomiadaments, la dimensió de l'empresa i el període temporal, entre acomiadaments individuals o plurals i acomiadaments col·lectius. Per la seua part, MONEREO PÉREZ, J.L, FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A, "El despido colectivo en el Derecho Español", op.cit, pàg. 53. Estima que les dues modalitats d'acomiadament, art 51 i 52.c, es trobaven causalment equiparades i gaudien d'una identitat teleològica en el marc legislatiu.

⁴⁴ MONEREO PÉREZ, JA, FERNÁNDEZ AVILÉS, A, "El despido colectivo en el derecho Español", op.cit, Pàg. 18.

⁴⁵ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, JJ, "Reflexiones sobre los despidos por causas empresariales", Temas Laborales, 2000, nº55, Pàg. 9. En un mateix sentit es pronuncia MONEREO PÉREZ, JL, FERNÁNDEZ AVILÉS, JA, "Empresa y despido: mecanismos extintivos del contrato de trabajo por necesidades de la empresa", en D.A, "La reforma del marco normativo del mercado de trabajo y fomento de la contratación indefinida: puntos críticos", op.cit, Pàg. 395: està clar que la norma vol donar major flexibilitat a l'acomiadament objectiu per a les PIMES, les quals amb freqüència quedaran per sota dels llindars constitutius de l'acomiadament col·lectiu. En aquest sentit, s'ha advertit que l'acomiadament objectiu per crisis es configura com una causa d'extinció pensada per a aquestes empreses. Però aquesta mesura comporta el risc de fer més precàries les relacions laborals.

2.3) EL RÈGIM JURÍDIC DELS ACOMIADAMENTS PER CAUSES EMPRESARIALS DESPRÉS DE LA REFORMA DE 1997:

La reforma de 1997 va néixer d'un acord: Acord interconfederal per a l'estabilitat de l'ocupació (AIEO). A més d'aquest acord, les organitzacions empresarials i sindicals més representatives a nivell estatal: CEOE i CEPYME, CCOO i UGT respectivament, realitzaren dos acords més: un en matèria de negociació col·lectiva (AINC) i altre sobre cobertura de buits (AICB). El primer d'ells va donar lloc a dos RDLL: RDLL 8/1997, de mesures urgents per al foment de la contractació indefinida que posteriorment va ser convalidat i tramitat com a projecte de Llei i va donar lloc a la Llei 63/1997, de 26 de desembre. I el RDLL 9/1997, que regulava els incentius en matèria de Seguretat Social i de caràcter fiscal per tal de fomentar la contractació indefinida.

Una vegada més, els motius al·legats per tal de justificar la reforma van ser: altes taxes d'atur, de temporalitat i rotació de la contractació laboral que té greus efectes sobre la població treballadora. Enfront aquests problemes del mercat de treball⁴⁶, tant en la AIEO com en l'exposició de motius de la Llei 63/1997, es deia que calien mesures urgents i decidides per tal de contribuir a la competitivitat de les empreses i reduir la temporalitat, la rotació de la contractació i l'atur. Allò que es pretenia era aconseguir una major permanència en l'ocupació dels treballadors. Per tal d'aconseguir aquest objectiu es va crear una nova modalitat contractual: el contracte per al foment de la contractació indefinida i alhora es reduí els costos de l'acomiadament improcedent⁴⁷. Així és, extingir aquest tipus de contracte per causes objectives, sempre que l'acomiadament fos declarat improcedent, donava lloc a una indemnització de 33 dies de salari per any de servei, fins a un màxim de 24 mensualitats.

Ara bé, les parts signatàries de l'acord tenien molt present que calia un creixement econòmic sostingut a l'hora de crear ocupació. En concret es deia que "L'ocupació és el resultat de diverses variables, entre elles una política econòmica que el fomenta, així com un marc de relacions laborals que possibilita major flexibilitat". Des d'alguns sectors es deia que l'excés de normes imperatives impedia gestionar adequadament l'empresa⁴⁸. Suposadament, la flexibilitat introduïda pel legislador sobre els acomiadaments per causes empresarials havia d'afavorir la creació d'ocupació. Però no existeix cap relació de causalitat entre l'acomiadament i la creació de nous llocs de treball. En canvi, sí que podem dir, que en general, l'acomiadament contribueix a la destrucció de llocs de treball.

⁴⁶ Taxa d'atur: 22% de la població activa. La taxa d'atur del jovent era del 42%. La taxa de temporalitat era del 34%.

⁴⁷ CRUZ VILLALÓN, J, "Las reformas de 1997 y 1998 en materia de despido directo por causas económicas y empresariales", en D.A, "La reforma del marco normativo del mercado de trabajo y el fomento de la contratación indefinida", op.cit, pàg. 334: La restricció de la flexibilitat d'entrada ha arribat acompanyada de la introducció d'elements de flexibilitat d'eixida en el nostre mercat de treball, és a dir, els costos indemnitzadors estaven pensats per a empreses amb grans dimensions que podien assimilar-los dins de les seues xifres globals, o bé per a empreses que havien tancar definitivament.

⁴⁸ GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E, "Flexibilidad laboral y precariedad en el empleo: El acuerdo para la estabilidad en el empleo", en D.A, VALDÉS DAL-RÉ, F, (Dir), "La reforma pactada de las legislaciones Laboral y de Seguridad Social", Lex Nova, 1997, pàg. 52: La flexibilitat es traduí en alguns casos en la substitució d'un règim de normes imperatives. La conseqüència negativa fou l'erosió de les situacions regulars de treball, la qual cosa debilità la tutela que tradicionalment el legislador havia reconegut als treballadors. Alhora es generà una fractura social entre els que posseïen treball i els que no en tenien.

Els plantejaments d'aquestes normes, partien d'un presumpte fracàs de la reforma del 1994, en el sentit que les mesures dutes a terme en aquell moment no havien aconseguit corregir, en general, els problemes que originaren el canvi normatiu⁴⁹. Com en altres ocasions, algunes veus afirmaven que el mercat de treball continuava sent rígid i això impedia que les empreses s'organitzaren conforme a les noves exigències. A més, es deia que els alts costos laborals desanimaven els empresaris a realitzar noves contractacions i alhora feien les empreses poc competitives.

En relació amb els acomiadaments per causes empresarials, la reforma de 1997 va consolidar la tendència iniciada per la reforma de 1994: la flexibilitat d'aquests tipus d'acomiadaments. Si bé és cert que la reforma de 1997 només va afectar l'art 52.c ET, els canvis van introduir un matís entre els dos tipus d'acomiadaments per causes empresarials: art 52.c i art 51 ET. Així doncs, el fet més rellevant del canvi normatiu va consistir a modificar l'element teleològic dels acomiadaments per circumstàncies que afecten el funcionament de l'empresa. Sense que això suposés modificar la causalitat d'aquest tipus d'acomiadaments⁵⁰. Al menys, aquesta sembla ser la intenció del

⁴⁹ Malgrat el presumpte fracàs de la reforma de 1994, alguns autors encertadament mantenen que els canvis introduïts per la reforma de 1997 mantenen intacta l'estructura de la reforma de 1994: CRUZ VILLALÓN, J, "Las reformas de 1997 y 1998 en materia de despido directo por causas económicas y empresariales", en D.A, "La reforma del marco normativo del mercado de trabajo y el fomento de la contratación indefinida", op.cit, pàg. 337 y 338: La reforma pactada al 1997 té com a premissa l'acceptació del model implantat a partir de la reforma de 1994. Assumeix aquell model i el desenvolupa. En un mateix sentit: MONEREO PÉREZ, J.L, FERNÁNDEZ AVILÉS, "Empresa y despido: mecanismos extintivos del contrato de trabajo por necesidades de la empresa", en D.A, "La reforma del marco normativo del mercado de trabajo y el fomento de la contratación indefinida", op. cit., pàg. 372

⁵⁰ Malgrat els canvis introduïts per la reforma de 1997 sobre l'element teleològic, els acomiadaments per circumstàncies que afecten el funcionament de l'empresa continuen sent una institució causal única. Aquestes decisions es continuen fonamentant en les mateixes causes. En un mateix sentit: QUINTANA PELLICER, J, "El despido objetivo. Algunos criterios judiciales después de la reforma de 1997, AL, 1999, nº15, Pàg. 335, Malgrat que no existeix dubte que després de la reforma les causes continuen sent les mateixes, també és cert que la reforma ha introduït una divergència entre allò que hem d'entendre per causes econòmiques, tècniques, d'organització o de producció, segons estiguem en presencia d'un acomiadament col·lectiu o d'un acomiadament individual. CASAS BAAMONDE, Mº. E, "Causalidad del despido colectivo, autorización administrativa y negociación colectiva", op.cit., pàg. 44: L'acomiadament per causes empresarials, és una institució única. BLANCO MARTÍN, J.M, "El despido objetivo: una aclaración confusa", en D.A FERNANDO VALDÉS DAL-RÉ. "La reforma pactada de las legislaciones laboral y de Seguridad Social", op.cit, pàg. 187. No és admissible des del postulat de la igualtat, tenir dos règims jurídics dels acomiadaments per causes econòmiques, tècniques, d'organització o de producció, i que es diferencien en el procediment i en la justificació de les causes. MARTÍNEZ EMPERADOR, R, "El despido por causas económicas, técnicas o de producción: criterios jurisprudenciales", op.cit., pàg. 210: Els supòsits contemplats en els art 51 ET i 52.c ET es fonamenten en les mateixes causes. RIVERO LAMAS, J, DE VAL TENA, A.L, "Los despidos por causas económicas: aspectos procedí mentales, y procesales", AL, 1997, nº26, pàg. 596-597: Malgrat la regulació separada dels acomiadaments econòmics, aquests són un gènere d'extinció que té una configuració unitària a partir de la seua tipificació causal. La diferència es fonamenta en elements quantitativs. ODRIOZOLA LANDERAS, A, "Causa económicas del despido a la luz de la jurisprudencia", op.cit. pàg. 403: existeix un procediment distint fonamentat en les mateixes causes en atenció dels treballadors afectats. VIZCAÍNO CASAS, F, "Los despidos colectivos. Posición jurisprudencial sobre los requisitos que los determinan", op.cit., pàg. 643: La modificació de l'art 52.c ET no ha d'interferir en les causes objectives de l'acomiadament que es mantenen en l'art 51 ET. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J, MARTÍNEZ BARROSO, Mº.R, RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S, "El Derecho del Trabajo tras las ultimas reformas "flexibilizadoras" de la relación laboral", op.cit., pàg. 417: El règim jurídic dels acomiadaments per causes econòmiques, tècniques, d'organització o de producció es "desdobra" en dues categories que comparteixen una causa comú. CRUZ VILLALÓN, J, "Las reformas de 1997 y 1998 en materia de despido directo por causas económicas y empresariales", en D.A, "La reforma del marco normativo del mercado de trabajo", op.cit, pàg. 347: Amb la reforma de

legislador, ja que en l'exposició de motius de la Llei 63/1997 diu textualment: "que els principis de causalitat de l'acomiadament i del control judicial imposats pel vigent ordenament jurídic es mantenen". Com ja s'ha comentat, el canvi normatiu se va centrar en l'art 52.c ET, encara que aquest va repercutir indirectament en l'art 51 ET i ens obliga a replantejar-nos la connexió existent entre l'acomiadament i la finalitat.

La redacció donada per la Llei 63/1997 a l'art 52.c ET queda en els següents termes: el contracte de treball pot extingir-se, quan es done una necessitat objectivament acreditada d'amortitzar llocs de treball per alguna de les causes previstes en l'art 51 ET i en número inferior a l'establert en ell. L'empresari acreditarà la decisió en causes econòmiques, amb la finalitat de contribuir a la superació de situacions econòmiques negatives, o en causes tècniques, organitzatives o de producció, per tal de superar les dificultats que impedeixen el bon funcionament de l'empresa, ja siga per la seua posició competitiva en el mercat o per exigències de la demanda, a través d'una millor organització dels seus recursos. En canvi, l'acomiadament per aquestes causes previst en l'art 51 ET continua estant vinculat a la necessitat d'assegurar la viabilitat futura de l'empresa i l'ocupació d'aquesta. Pel que fa a la causa econòmica, res canvia, encara que ja no siga necessari acudir a l'art 51 ET per saber que hem d'entendre per causes econòmiques.

Sembla curiós que el nou text de l'art 52.c ET és igual que el text que tenia aquest precepte en el projecte de reforma de 1994 aprovat pel Congrés, i que posteriorment va ser suprimit pel text aprovat en el Senat. En qualsevol cas, la nova redacció presenta algunes diferències respecte al seu antecedent, encara que no totes tenen la mateixa transcendència. A diferència del que ocorria amb anterioritat, el nou article 52.c ET eludeix fer una referència a l'empresa com a àmbit d'afectació de la mesura d'extinció. L'absència d'aquesta referència va tornar a obrir el debat sobre la possibilitat d'amortitzar llocs de treball en àmbits inferiors a l'empresa.

A més a més, el nou art 52.c ET parla de "causes econòmiques", mentre que en el seu antecedent i en l'art 51 ET parlen en singular. Mentre hi ha autors que no donen importància a aquesta diferència sintàctica⁵¹, n'hi ha d'altres⁵² que veuen una intencionalitat en aquest canvi. Segons aquesta darrera interpretació, amb la nova

1997 els elements de referència bàsics de les causes, i de la definició legal és la mateixa. La variació només afecta la intensitat exigida per a cada causa. En contra: MONEREO PÉREZ, J.L, FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A "El despido colectivo en el derecho español", op. cit., pàg. 61: Les apreciacions relatives a la identitat causal dels supòsits previstos en els art 51 i 52.c ET ha de qüestionar-se. La recent reforma ha marcat una diferenciació afegida a la quantitativa i a la temporal que és de caràcter causal. Entre les dues institucions ja no es pot dir, sense matisacions, que siguen una institució única. En un mateix sentit: NICOLÁS BEMAD, J.A, "La causa económica como factor de reajuste de los recursos humanos de la empresa: reflexiones sobre el control de su objetividad", op.cit., pàg. 539: La nova redacció donada a l'art 52.c, en relació a les causes tècniques, d'organització o de producció dóna lloc a dos acomiadaments causalment distints.

⁵¹ ALBIOL MONTESINOS, I, CAMPS RUIZ, LM, GOERLICH PESET, JM, "La reforma laboral de 1997", op.cit, pàg. 72, MONTOYA MELGAR, A, "Contrato de trabajo y economía (las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción como fundamento legal de extinciones, suspensiones y modificación de las relaciones laborales)". op.cit, pàg. 60. BLANCO MARTÍN, JM, "El despido objetivo: una aclaración confusa", en D.A FERNANDO VALDÉS DAL-RE, "La reforma pactada de las legislaciones Laboral y de Seguridad Social", op.cit, pàg. 190.

⁵² NICOLÁS BEMAD, JA, "La causa económica como factor de reajuste de los recursos humanos de la empresa: reflexiones sobre el control de su objetividad", op.cit, pàg. 535.

expressió el legislador està exigint no només una situació de desequilibri en els resultats actuals, a més seria necessari que aquest vingués arrossegat d'exercicis passats.

No obstant, no crec que el legislador busqués, al menys de forma intencionada, explicitar aquesta idea, que per altra part ja l'havia posada en relleu el TS en la sentència de 24 d'abril de 1996. D'altra banda, i relacionat també amb el règim jurídic dels acomiadaments per causes empresarials, la Llei 60/1997, de 19 de desembre va corregir una situació que a totes llums era injustificada. La correcció va consistir a donar una nova redacció a l'art 33.2 ET i ampliar la cobertura del FOGASA en el supòsit previst en l'art 52.c ET⁵³.

Però la vertadera reforma va consistir a alterar l'element teleològic de les causes tècniques, organitzatives o de producció. En el cas de l'art 52.c ET la nova redacció es més flexible que l'anterior. A diferència del que ocorre en el cas de l'art 51 ET, en el supòsit de l'art 52.c ET ja no cal un context de dificultats que pose en perill la continuïtat de l'activitat de l'empresa i l'ocupació present o futura d'aquesta⁵⁴, perquè les exigències són de menor rigor⁵⁵.

Mentre que en els acomiadaments col·lectius, l'art 51 ET, continuem exigint una crisi a curt o llarg termini que pretenem prevenir amb l'acomiadament amb l'objectiu d'assegurar d'aquesta forma el projecte empresarial. En el supòsit de l'art 52.c ET ens movem en un pla més ambigu: en el pla de l'eficiència econòmica i la competitivitat de les empreses en el mercat, unes idees que alhora podrien incloure situacions molt diferents. Així doncs, en el supòsit de l'art 52.c ET ja no cal aquell punt de partida de dificultats⁵⁶. Allò que busquem és una utilització més òptima dels recursos de l'empresa. Això sí, l'acomiadament continua sent una mesura extraordinària⁵⁷.

⁵³ En aquest sentit s'han pronunciat els tribunals i han manifestat que la responsabilitat del FOGASA en supòsits d'insolvència, fallida, concurs, o suspensió de pagaments afecta també els acomiadaments objectius de l'art 52.c ET: STS, 26 de gener de 1998, Ar 1065, STS, 16 de febrer de 1998, Ar 1303, STS, 4 gener 1999, Ar 802, STS, 8 de febrer de 1999, Ar 2481, STS 15 de març de 1999, Ar 2916, STS 14 abril de 1999, Ar 4405.

⁵⁴ Això implica, com han destacat alguns autors que per tal d'acudir a aquestes causes no cal que existesquen perdudes: QUINTANA PELLICER, J, "El despido objetivo. Algunos criterios judiciales después de la reforma de 1997", op.cit, pàg. 335. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, JJ, "Reflexiones sobre los despidos por causas empresariales", TL, 2000, nº55, pàg. 16.

⁵⁵ En algunes ocasions es diu que no cal la prova directa sobre la viabilitat futura. Actualment és suficient amb una prudent valoració sobre les mesures d'organització o de reestructuració. Només hem de valorar si poden contribuir a millorar la competitivitat empresarial a través de la innovació introduïda: STSJ de Galícia, 5 de novembre de 1998 (331), AL, 1999, nº8. STSJ de València, 1 de juny del 2000, (J 2052), IL-2000. TSJ Cantàbria, 5 d'octubre del 2000, (J 2507), IL-2000. TSJ Catalunya, 14 de febrer del 2000, (J 457), IL-2000, TSJ de la Rioja, 11 de abril del 2000, (J 886), IL-2000.

⁵⁶ ALBIOL MONTESINOS, I, CAMPS RUIZ, LM, GOERLICH PESET, JM, "La reforma laboral de 1997", op.cit, pàg. 72. En ell es diu que no pot haver el mateix punt de partida per a justificar mesures que contribueixen a "garantir la viabilitat futura de l'empresa o de l'ocupació" (art 51) que per a "superar les dificultats que impedeixen el bon funcionament de l'empresa". RODRÍGUEZ-PIÑERO, M, "El despido por motivos objetivos atinentes a la empresa", RL, 1998-I, pàg. 87: La reforma ha introduït un nou cànon hermenèutic per a l'apreciació de l'acomiadament objectiu que deixa fora les situació de crisi d'empresa o de perill de la seua viabilitat, i es refereix a la millor organització dels seus recursos.

⁵⁷ Existeix en la reforma un desmesurat afany de fer més flexible l'acomiadament,. Ara bé, el legislador també tingué en compte a l'hora de configurar les causes d'extinció del contracte de treball de l'art 51 i 52.c que aquestes actuen com l'última mesura de caràcter laboral que l'empresari pot acudir. El recurs a aquestes mesures requereix que les possibles i menys traumàtiques decisions prèvies no hagen funcionat: Sentència del jutjat social nº2 de Gijón, 15 abril de 1997, (1079), AL, 1997, nº29. L'acomiadament per raons objectives ha de considerar-se una mesura extrema i traumàtica, lligada a una situació de crisi de

Malgrat aquesta flexibilitat, la connexió entre la finalitat i l'acomiadament és més directa que en altres mesures, perquè en aquest cas la mesura d'extinció ha d'anar dirigida a *superar* els problemes. Per altra part, el caràcter extraordinari de l'acomiadament implica que no és suficient al·legar la concurrència de la causa relacionada amb el funcionament de l'empresa per a entendre justificat l'acomiadament. A més, el desequilibri ha de tenir una entitat suficient per tal de justificar les extincions, perquè l'acomiadament ha de configurar-se com una mesura raonable i proporcionada⁵⁸.

En definitiva, en el cas de l'art 52.c ET exigim a l'acomiadament que supere el desequilibri que impedeix un correcte funcionament de l'empresa. Açò implicaria, contràriament al que entenien anteriorment, que cal una crisi actual, perquè l'acomiadament ja no està condicionat per les perspectives de futur⁵⁹. Cada cop, queda més patent que a través de l'art 51 ET busquem solucions a problemes estructurals i globals. En canvi, a través de l'art 52.c ET es pretén superar problemes parcials que provoquen un incorrecte funcionament de l'empresa, però que no la col·loquen en una situació d'inviabilitat.

En precisar la finalitat de l'art 52.c ET, segons les distintes causes, el legislador va allunyar les definicions de l'art 51 ET i les va aproximar a les definicions de l'art 40 i 41 ET. Amb aquest canvi, el legislador posa en relleu la voluntat d'exigir un menor rigor causal i de donar una major flexibilitat als acomiadaments de l'art 52.c ET⁶⁰. Aquesta flexibilitat queda patent en la nova concepció teleològica de l'art 52.c ET. A més, aquesta flexibilitat va ser reforçada amb la nova indemnització establerta quan el contracte per al foment de la contractació indefinida s'extingim per causes objectives⁶¹.

l'empresa: STSJ de Navarra, 31 de juliol de 1997, (126), AL, 1998, n°4. en un mateix sentit: STSJ de Canàries, 16 de febrer de 2001, (J300), IL-2001. STSJ de Castella i Lleó, 14 de maig de 2001, (J1286), IL-2001.

⁵⁸ En aquest sentit, alguns tribunals consideren que una simple reorganització no és una justa causa d'acomiadament, si no va acompanyada d'una crisi de l'empresa i amb l'acomiadament es tracte de garantir la viabilitat futura de l'empresa: STSJ de Navarra, 31 de juliol de 1997 (126), AL, 1998, n°4, STSJ d'Extremadura, 19 de juliol 1998 (1623), AL, 1998, n°39.

⁵⁹ En un mateix sentit: MONEREO PÉREZ, JL, FERNÁNDEZ AVILÉS, JA, "El despido colectivo en el derecho español", op.cit., pàg. 63: Sembla que el nou art 52.c fa referència més persistentment a una crisi actual també respecte a la causa d'organització. Per tant, no es relacionaria tant amb una perspectiva de futur. ALBIOL MONESINOS, I, CAMPS RUIZ, LM, GOERLICH PESET, JM, "La reforma laboral de 1997", op.cit., pàg. 72. BLANCO MARTÍN, JM, "El despido objetivo: una aclaración confusa", D.A., FERNANDO VALDÉS DAL-RÉ "La reforma pactada de las legislaciones laboral y de Seguridad Social", op.cit., pàg. 191: En el cas de l'acomiadament col·lectiu fem referència a un problema de futur. En canvi, sembla que en el cas de l'art 52.c ET volem corregir el dolent funcionament actual de l'empresa.

⁶⁰ En un mateix sentit es pronuncia la STSJ de València, 1 de juny de 2000, (J 2052), IL-2000. La Llei 63/1997 ha introduït en l'art 52.c una subtil modificació. Aquesta ha dotat aquest acomiadament d'un nivell important de flexibilitat. No obstant això, no ha eliminat la causalitat, en tot cas l'ha fet més confusa.

⁶¹ L'AIEO, recollia dues propostes de diferent naturalesa: una feia referència a l'art 52.c i l'altra feia referència a la creació d'una nova modalitat contractual. Aquest contracte tenia una indemnització inferior, quan s'extingia per causes objectives i era declarat improcedent. El dictamen emès pel CES, sobre els textos normatius d'implantació de l'Acord Interconfederal per a l'Estabilitat de l'Ocupació té un vot particular que formularen els consellers del grup primer, Mikel Noval, de Euskal Languilen Alkartasuna (ELA), i Luis Burgos, de Convergència intersindical Galega (CIG). En aquest vot particular defenen que el text enviat pel Govern al CES suposa un pas endarrere en els drets dels treballadors, perquè els seus punts principals suposen: donar major facilitat per acomiadar, ja que augmenten els acomiadaments tipificats com a objectius. El canvi operat en l'art 52.c suposa una ampliació de les causes objectives d'acomiadament per raons tècniques, d'organització o de producció.

En aquest cas, i sempre que l'acomiadament siga declarat improcedent, haurem de satisfer una indemnització de 33 dies de salari per any de servei, prorratejant per mesos els períodes de temps inferiors a un any i fins a un màxim de 24 mensualitats.

Alguns autors⁶² han justificat aquest canvi teleològic en la necessitat de corregir algunes interpretacions realitzades pels tribunals Superiors de Justícia. També el Consell Econòmic i Social va utilitzar aquest argument a l'hora de dictaminar favorablement els textos normatius d'implantació de l'Acord Interconfederal per a l'estabilitat de l'ocupació⁶³. En la valoració segona, aquest òrgan considera: "que l'experiència extreta del funcionament pràctic dels mecanismes d'extinció per causes objectives ha posat de manifest importants dificultats en la seua interpretació i aplicació". En definitiva, considera que la nova redacció aporta una major clarificació del precepte i contribuirà a mitigar les controvèrsies. No obstant, des de feia algun temps el TS estava en la llavor d'unificar punts de vista sobre aquesta matèria amb l'objectiu de corregir determinades interpretacions judicials⁶⁴.

3) LES CAUSES JUSTIFICATIVES DELS ACOMIADAMENTS PER CAUSES EMPRESARIALS.

3.1) LA CAUSALITAT DES DE LA PERSPECTIVA COMUNITÀRIA:

En el nostre ordenament jurídic, l'element causal que configura el concepte d'acomiadament col·lectiu l'hem de relacionar inevitablement amb la normativa comunitària i més concretament amb la Directiva 75/129. Aquesta Directiva estava inspirada en l'art 100 i 117 del Tractat de la CEE i allò que buscava era aproximar les legislacions internes a la normativa comunitària a efectes de suavitzar la incidència dels acomiadaments col·lectius sobre la instauració i el funcionament del mercat comú⁶⁵.

⁶² SELLAS I BENVINGUT, R, "Las causas objetivas y colectivas de extinción de la relación laboral", ED Aranzadi, 2000, Pàg. 171: Els signataris de la AIEO, acordaren donar una nova redacció a les causes tècniques, d'organització o de producció de l'art 52.c, perquè estimaven que existia un funcionament pràctic anòmal. NICOLÁS BEMAD, JA, "La causa económica como factor de reajuste", op. Cit. pàg. 534: els signataris volgueren posar orde en la divergència de punts de vista existent en la jurisprudència menor. MONTOYA MELGAR, A, "Contrato de trabajo y economía", op. Cit., pàg. 64. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M, "El AIEE y la reforma del ET de 1997". DL, nº52, 1997, pàg. 49-50. la AIEO, més que corregir el text legal pel seu contingut, ha volgut corregir desviacions de la jurisprudència per tal de facilitar una lectura distinta d'eixe text legal originari. En un mateix sentit: BLANCO MARTÍN, J.M, "El despido objetivo: una aclaración confusa", en D.A FERNANDO VALDÉS DAL-RÉ. "La reforma pactada de las legislaciones laboral y de Seguridad Social", op. Cit., pàg. 185. CRUZ VILLALÓN, J, "las reformas de 1997 y 1998 en materia de despido directo por causas económicas y empresariales", en D.A, "La reforma del marco normativo del mercado de trabajo y el fomento de la contratación indefinida", op.cit, pàg. 345: A l'hora d'abordar l'acord, els negociadors tingueren molt present les sentències del TS, i en cap cas volgueren corregir els criteris del TS. El dubte es planteja en determinar si la reforma s'ha limitat a elevar a rang legal alguns dels criteris interpretatius del TS o ha anat més enllà i ha ampliat la capacitat empresarial d'acomiadar per causes econòmiques o empresarials.

⁶³ Dictamen nº1, 1997. CES.

⁶⁴ STS, 24 d'abril de 1996 (1409), i 14 de juny de 1996 (1410). AL, 1996, nº36.

⁶⁵ MONTOYA MELGAR, A, GALIANA MORENO, J.M, SEMPERE NAVARRO, A. V, "Derecho Social Europeo", ED. Tecnos. Pàg. 75: Les diferències en matèria d'acomiadaments col·lectius existents entre les distintes legislacions dels Estats membres, suposaven un perill per a la consolidació del "mercat comú", perquè permetien alguns Estats membres situar-se respecte d'altres, en una posició que obstaculitzava la lliure concurrència, amb la qual cosa podien incórrer en la situació prevista en l'art 101 del Tractat de la CEE: falsejament de la competència en el mercat comú.

Alhora volia reforçar la protecció dels treballadors en els acomiadaments col·lectius i evitar que la diversitat de legislacions sobre aquesta matèria incidiren directament sobre el funcionament del mercat comú. En definitiva, amb la Directiva es pretenia harmonitzar les legislacions dels Estats membres⁶⁶ i alhora millorar la protecció dels treballadors davant una reestructuració empresarial.

Posteriorment i com reconeixia la Carta Comunitària dels Drets dels Treballadors, es va procedir a través de la Directiva 92/56 a reforçar els mecanismes de consulta i participació dels treballadors en aquest tipus d'acomiadaments. Finalment, aquestes normes es van codificar en la Directiva 98/59.

En qualsevol cas, la normativa comunitària estableix un concepte d'acomiadament col·lectiu delimitat a través de criteris causals, quantitius i temporals i alhora estableix un procediment específic per tramitar aquests acomiadaments. Tanmateix, la regulació comunitària sobre aquesta matèria no impedeix que els Estats membres incorporin disposicions legals, reglamentaries o administratives més favorables per als treballadors ni que estableixen una regulació diferent. Aquest principi reconegut en la normativa comunitària ens ha servit a l'hora de justificar les diferències existents entre la normativa comunitària i la regulació interna sobre els acomiadaments col·lectius⁶⁷.

Pel que fa a l'element causal, l'art 1.1.a de la Directiva 75/129/CE entén que l'acomiadament col·lectiu és aquell efectuat per l'empresari per un o diversos motius no inherents a la persona del treballador. Així doncs, queden fora de l'aplicació de la directiva els acomiadaments relatius a circumstàncies concurrents en la persona del treballador i aquells realitzats per la seua conducta, per entendre que queda exclosa la conducta d'aquest com a motiu inherent a la seua persona⁶⁸. Dit d'altra forma, queden fora de l'àmbit de la directiva els acomiadaments per incompliment culpable o no del treballador.

Així doncs, la noció causal dels acomiadaments col·lectius recollida en el Dret Comunitari presenta una major amplitud que la prevista al nostre ordenament jurídic. Aquesta regulació permet incloure dins del contingut causal no només les causes econòmiques, tècniques, d'organització o de producció, supòsits aliens a la conducta del treballador i de l'empresari, a més a més, des de la perspectiva de la regulació comunitària es podrien incloure les extincions motivades en circumstàncies relacionades amb l'empresari com la mort, la incapacitat i la jubilació o les relacionades amb la força major⁶⁹.

⁶⁶ GOÑI SEIN, J.L, LANDA ZAPIRAIN, JP, "El tratamiento normativo de los excedentes de plantilla en la perspectiva armonizadora de la Comunidad Europea", RL, 1993-II, Pàg. 207, considera que la Directiva 75/129 configura un model de regulació que pretén una harmonització parcial, amb la qual cosa marca un mínim denominador comú entre les regulacions nacionals.

⁶⁷ MARTÍNEZ EMPERADOR, R, "El despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción: criterios jurisprudenciales", AL, 1997, n°10/11, pàg. 209-210.

⁶⁸ RAMÍREZ MARTÍNEZ, JM, "Extinción del contrato de trabajo por causas económicas y tecnológicas: normas comunitarias y régimen español", op. cit, Pàg. 1810. Encertadament, considera aquest autor que la referència a la persona del treballador (ineptitud) inclou alhora els motius relatius a la seua persona. El concepte de persona inclou també la seua conducta.

⁶⁹ GOERLICH PESET, JM, "Informe técnico-jurídico sobre: el despido colectivo en la Europa comunitaria", op.cit, Pàg. 174. SALA, FRANCO, T, "La política comunitaria de armonización de la normativa comunitaria en materia laboral", Revista de Treball,1992, n°18 Pàg. 21.

L'amplitud dels marges causals en el Dret Comunitari ha ocasionat que algun autor⁷⁰ defenga que l'esmentada Directiva no recull un principi de causalitat, sinó més aviat la seua regulació es limita a disciplinar la vessant del procediment. Aquests sectors doctrinals mantenen que l'esmentada Directiva no regula les causes que justifiquen l'acomiadament per necessitats de l'empresa i les condicions materials de la seua aplicació. Simplement delimita el concepte d'acomiadament col·lectiu.

En aquest sentit, la norma comunitària no busca introduir limitacions substancials a la lliure decisió empresarial de realitzar acomiadaments ni identificar les causes que els justifiquen. Només pretén establir un procediment per tal de materialitzar els acomiadaments. Tanmateix, hi ha autors⁷¹ que mantenen uns plantejaments contraris i consideren que és un acomiadament causal i la causa d'aquest és "els motius no inherents a la persona del treballador". Aquests motius es manifesten com una exigència de la gestió de l'empresa i una determinada elecció empresarial.

3.2) LA CAUSALITAT EN EL NOSTRE ORDENAMENT JURÍDIC:

La nostra regulació sobre el contingut causal de l'acomiadament col·lectiu respecta la idea essencial que inspira la regulació causal en el Dret Comunitari, perquè reconduïx per la via de l'art 51 de l'ET la majoria de supòsits d'extinció del contracte de treball per raons no inherents a la persona del treballador. Tanmateix, la regulació prevista en l'ET exclou el supòsit de desaparició de l'empresari individual, art 49.1.g, i manté algunes diferències en la regulació de la força major, art 51.12 ET.

Dit açò, les causes que a l'emparament del nostre ordenament jurídic justifiquen un acomiadament col·lectiu són: "la causa econòmica, tècnica, d'organització o de producció". Aquestes es configuren com conceptes jurídics indeterminats i així ho ha assenyalat la doctrina⁷². Realment el que fa el legislador és establir una definició per

⁷⁰ MONEREO PÉREZ, JL, FERÁNDEZ AVILÉS, JA, "El despido colectivo en el Derecho Español", op.cit, Pàg. 32. GOÑI SEIN, JL, LANDA ZAPIRAIN, JP, "El tratamiento normativo de los excedentes de plantilla en la perspectiva armonizadora de la Comunidad Europea", op. cit, pàg. 208. LÓPEZ GÓMEZ, J.M, "Las causas económicas y empresariales de despido", en D.A, "Los despidos por causas económicas y empresariales", op. cit., pàg. 41 i 42.

⁷¹ LÓPEZ LÓPEZ, J "La aplicación de las normas comunitarias al ordenamiento laboral español; la Directiva de 17 de febrero de 1975", REDT, 1986, nº27, pàg. 344. En un mateix sentit, Sentència del jutjat social nº33, de 20 de setembre de 1994, 1712, AL, 1994, nº44. En ella es diu que cal advertir amb nitidesa que per a la Unió Europea la causa de l'acomiadament és qualsevol motiu no inherent a la persona del treballador. En canvi, per al dret intern la causa és la raó econòmica, tècnica, organització o de producció. Així doncs, el legislador nacional, en aplicació de l'art 5 de la Directiva, ha introduït disposicions legals més favorables per als treballadors i concretament ha formulat la causalitat de l'acomiadament en positiu.

⁷² MONEREO PÉREZ, JL, FERNÁNDEZ AVILÉS, JA, "El despido colectivo en el Derecho Español", op .cit, Pàg. 33, ARAMENDI SÁNCHEZ, JP, "Los despidos por causas técnicas, organizativas y de producción", op. cit, Pàg. 40, considera que el legislador ha volgut establir conceptes jurídics dotats de certa ambigüitat per a poder donar cabuda a diferents opcions. RODRÍGUEZ DE LA BORBOLLA, J, "De la rigidez al equilibrio flexible. El concepto de causas económicas y tecnológicas y su evolución legal", Madrid, CES, 1994, pàg. 149. ACRE GÓMEZ, JC, "La extinción del contrato de trabajo por causas económicas. Régimen jurídico y aspectos procesales", RL, 1996, Pàg. 416, considera que les causes no estan previstes en la Llei només els seus efectes. En contra: MONTROYA MELGAR, A, "La nueva regulación del despido por causas objetivas: La amortización de puestos de trabajo por razones económicas, técnicas, organizativas o de producción", en D.A, MARTÍNEZ EMPERADOR, R, (DIR), "Puntos críticos de la reforma Laboral". Jornadas celebradas el 8 de noviembre de 1995. Ed. Centro de

resultats, és a dir, allò que preveu l'art 51 ET són els efectes produïts per la causa i no una definició d'aquesta o dit d'altra forma, es defineix la causa a través dels objectius que persegueix l'adopció de la mesura. Això sí, se considerarà que concorre la causa quan la mesura, si la causa és econòmica, contribueix a superar una situació negativa de l'empresa i si és tècnica, d'organització o de producció, quan ajude a garantir la viabilitat futura de l'empresa i l'ocupació d'aquesta. Així doncs, s'estableix d'aquesta forma una mena de presumpció sobre la seua concurrència.

La concepció causal d'aquest tipus d'acomiadament introduïda per la Llei 11/1994 va dotar el règim jurídic dels acomiadament per circumstàncies que afecten el funcionament de l'empresa d'un nivell important de flexibilitat. La indeterminació i l'ampliació de les causes va suposar un augment del poder unilateral de l'empresari en la gestió dels excedents de plantilla⁷³. És més, aquest poder unilateral de l'empresari en la gestió dels recursos humans es va veure reforçat amb la nova regulació dels articles 40, 41 i 47 de l'ET per exigir el legislador la concurrència de les mateixes causes en les modificacions, suspensions i extincions. Com apunta algun autor, "el legislador a través d'aquesta reforma no va optar per assignar a cada modalitat de causa una modalitat de remei, més aviat va optar per permetre que qualsevol causa fos atesa per qualsevol remei"⁷⁴.

En tot cas, serà la gravetat de la situació empresarial la que determine l'adopció de les mesures previstes en l'art 40, 41, 47, 51 o 52.c ET, així com la idoneïtat de la mesura. En qualsevol cas, aquesta flexibilitat no implica una concepció arbitrària del poder empresarial. No forma part de la filosofia d'aquesta reforma concedir a l'empresari facultats sense control, perquè les seues decisions estan condicionades a la recerca d'uns objectius perseguits pel legislador: proporcionar a les empreses instruments per a una gestió dels recursos humans que incidesca favorablement en la bona marxa de l'empresa. Segons aquesta explicació, el recurs a l'acomiadament pretén assegurar l'ocupació futura i la continuïtat del projecte empresarial.

Estudios Universitarios Ramón y Cajal. ARECES. 1996. pàg. 140: Segons aquest autor hem posat molt d'èmfasi en el caràcter imprecís de les nocions "situació negativa", "necessitat", "contribuir", "superar". Termes que considerem conceptes jurídics indeterminats, quan en rigor són conceptes usuals, propis del llenguatge natural i dotats d'un significat clar.

⁷³ MARTÍNEZ ABASCAL, VA, "La extinción del contrato de trabajo tras la reforma de 1994: practica convencional y aplicación judicial (Con especial atención a los despidos económicos y disciplinarios)", Pàg. 230, D.A, ROJO TORRECILLA, E (Coor), "Las reformas laborales de 1994 y 1997", ed. Marcial Pons, 1998. Aquest autor considera que el tipus de flexibilitat introduït per la reforma és caracteritzat per impulsar reformes que pretenen revisar el patrimoni normatiu dels treballadors amb la finalitat d'ajustar l'ordenament laboral a les necessitats del sistema productiu, i això en definitiva produeix una ampliació del poder d'organització de l'empresari. Per altra part, la flexibilitat de protecció dirigida de forma predominant a la tutela de la posició jurídica dels treballadors en el marc de la relació individual de treball queda relegada a un pla secundari en la reforma de les causes d'extinció del contracte de treball.

⁷⁴ MONTOYA MELGAR, A, "El contrato de trabajo y economía", RMTAS, 1998, n°8, pàg. 56.

3.2.1) LA CAUSA ECONÒMICA:

3.2.1.1) LES INTERPRETACIONS JUDICIALS MÉS RÍGIDES SOBRE LA CONCURRÈNCIA DE LA CAUSA ECONÒMICA:

Tradicionalment, la majoria de pronunciaments de la doctrina judicial i de la jurisprudència han identificat la causa econòmica amb aquella construcció doctrinal⁷⁵ que la definia com a aquella situació que “incideix desfavorablement dins de l’empresa, no com una manifestació circumstancial, sinó més aviat com aquella situació que produeix, tenint en compte els ingressos i les despeses, els aspectes financers, productius i comercials, el desequilibri del seu balanç, amb la qual cosa es posa en perill la subsistència del projecte empresarial”.

Algunes resolucions judicials han defès que una situació econòmica negativa implica una situació de perdudes que no són conseqüència de la conjuntura ni són ocasionals. Aquesta interpretació de la causa econòmica no permet acomiadaments d’aquesta naturalesa per una disminució dels beneficis empresarials⁷⁶, perquè no queda acreditat el risc de subsistència de l’empresa ni la relació de causalitat. Consideren a més, que una disminució de beneficis és simplement una situació menys positiva i no una situació negativa. La norma no preveu acomiadaments fonamentats en la conveniència d’obtenir un major lucre⁷⁷ i resulta improcedent qualsevol altre anàlisi per

⁷⁵ MARTÍNEZ EMPERADOR, R, “El despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción Criterios jurisprudenciales”, op. cit, pàg. 215.

⁷⁶ Jutjat Social de Madrid nº31, sentència de 28 de setembre de 1994 (1819), AL nº47, 1994. Jutjat Social de Madrid nº20, sentència de 19 de desembre de 1994 (687), AL, nº18, 1994. Jutjat Social nº1 de Móstoles, sentència de 15 de març de 1995 (766), AL, nº 20, 1995. Jutjat Social nº34 de Madrid, sentència de 8 de novembre de 1994 (1889), AL, nº48, 1995. En aquestes sentències consideren que en el cas dels acomiadament, una situació econòmica negativa de l’empresa només la podem tenir en compte si existeixen perdudes en l’explotació empresarial, una conclusió a la qual hem d’arribar a través d’una interpretació literal del precepte, en virtut de la qual una situació econòmica negativa és una situació on les despeses són superiors als ingressos. Aquesta interpretació es basa en una interpretació sistemàtica de l’art 51.1, art 40, art 41, i 47. STSJ de Catalunya de 10 d’octubre de 1995, Ar 3882, STSJ Andalusia, 30 octubre 1995, Ar 3855, STSJ Catalunya, 10 octubre 1995, Ar 3928, 23 octubre 1995, Ar 4012, 30 desembre 1995, Ar 4944, 17 novembre 1995, AS 4464, STSJ Galícia 12 desembre 1995, AS 4584, STSJ Navarra, 14 desembre 1995, AS 4673, STSJ Astúries de 26 de maig de 1995 (1588) AL nº39, 1995, STSJ de Cantàbria de 5 de desembre de 1994 (1034), AL, nº28, 1995, STSJ Catalunya, 6 octubre 1995, Ar 3967. L’argument que utilitza l’òrgan judicial a l’hora d’apreciar que no concorre la causa econòmica en aquests supòsits és pràcticament idèntic: no estem davant una situació econòmica negativa només menys positiva, quan no es produeixen perdudes econòmiques, sinó beneficis inferiors als produïts als darrers anys Així doncs, en aquests supòsits no està justificat l’acomiadament, perquè en el supòsit contemplat en l’art 51.1 i 52.c la seua finalitat no és garantir l’obtenció de majors beneficis. En un mateix sentit es va pronunciar el portaveu del grup socialista en la comissió del congrés, Sr. Arnau, quan va explicar el sentit de l’esmena 200, acceptada per la ponència, el text de la qual no va ser modificat en aquest punt pel Senat. Sobre aquest tema va assenyalar “que ha existit una major precisió en les causes econòmiques, perquè aquestes es vinculen a una situació de perdudes”. Diari de sessions del Congrés dels Diputats, any 1994, nº60, de 24 de març de 1994, pàg. 2942.

⁷⁷ ERO 0/03, FORD ESPANYA SA: Extinció fins a un màxim de 57 contractes de treball, a través d’una adhesió voluntària a un Pla de jubilacions anticipades per causes d’organització i productives. L’empresa al·lega en la memòria explicativa que la introducció en algunes àrees i departaments de determinades millores d’indole tècnic, productiu, administratiu i algunes innovacions tecnològiques i d’organització no fan necessaris alguns llocs de treball, perquè es produeix un excés de plantilla en el col·lectiu de tècnics i administratius. A través de l’expedient volen fer més òptims els recursos a través d’una més adequada utilització, que permeta alhora una situació més òptima i que permetera també garantir la viabilitat present i futura de l’empresa i de l’ocupació d’aquesta. L’expedient va ser autoritzat per la Direcció General de Treball al·legant entre altres motius, que l’empresa no pretén reduir costos de producció

tal de dirimir la col·lisió entre l'interès econòmic de l'empresa i el dret bàsic del treballador.

Aquests plantejaments troben el seu origen en la emblemàtica sentència del TS de 24 d'abril de 1996. En aquella ocasió, el TS rebutja en principi que la causa econòmica haja de ser necessàriament irreversible, objectiva, suficient i actual. Considera que aquesta rigorosa construcció de la causa econòmica no és compatible amb els principis incorporats per la Llei 11/1994. No obstant això, lluny de rebutjar taxativament aquests criteris d'elaboració administrativa i judicial, el mateix TS fa ús d'aquest concepte per estimar que realment existeix una situació econòmica negativa.

Tant és així, que considera que de les elevades perdudes⁷⁸ es deriven les notes de realitat, actualitat i objectivitat. Això sí, nega que la crisi haja de ser irreversible, perquè allò normal és estar davant situacions recuperables i no definitives. A través d'aquesta interpretació, el TS nega que el terme suficiència haja d'identificar-se amb el caràcter irreversible de la causa econòmica⁷⁹.

Segons es dedueix dels plantejaments exposats pel TS en aquella sentència, aquest no només exigeix una situació de perdudes actuals, objectives i reals, és a dir, existents en el moment de dur a terme l'acomiadament, a més a més, cal que aquestes siguin arrossegades d'altres exercicis econòmics. Per això mateix, el TS entra a analitzar les perdudes produïdes durant l'exercici econòmic de l'any 1993 i les existents durant el primer semestre de 1994.

Amb aquesta interpretació de la causa econòmica, el TS identifica una "situació econòmica negativa" amb una situació on el passiu és superior a l'actiu, amb la qual cosa està exigint a més que les perdudes no tingueren un caràcter ocasional i impedeix l'acomiadament en supòsits de conveniència empresarial⁸⁰. Per altra banda, correspon a l'empresari provar l'existència de circumstàncies desfavorables. Això implica identificar de forma precisa la causa i la seua concreció en un àmbit determinat. Aquesta concreció, assenyalada el TS en la sentència de 14 de juny, queda de manifest normalment en dades desfavorables de producció, en retard tecnològic o perduda de quota de mercat.

En definitiva, segons aquestes interpretacions, en els acomiadaments per causes empresarials és necessari acreditar l'existència d'un deteriorament en l'evolució de l'empresa que genere una sèrie de dificultats en el seu funcionament. Els tribunals mantenen que és necessari un context de dificultats que pose en perill la viabilitat de l'empresa i evidentment, aquesta situació no és dóna, quan l'empresa pateix una disminució de beneficis. Els tribunals han justificat aquests plantejaments dient que a

augmentant el benefici empresarial (situació que no justificaria l'expedient), allò que vol és racionalitzar el procés de treball i assegurar l'activitat productiva de l'empresa amb el màxim número de treballadors.

⁷⁸ Les perdudes de l'entitat des de l'1 de gener fins al 31 de maig de 1994 arribaren fins 80.000, i fins al 31 de juliol a 147.000.000. Per altra part, les perdudes per activitats ordinàries de la companyia al 1993 foren de 636.000.000 i només foren reduïdes a 225.000.000 per la venda de capital immobilitzat de la societat.

⁷⁹ BELTRAN MIRALLES, S, "El despido por causas económicas (Comentario a la sentencia del TS de 24 de abril de 1996)", op.cit, pàg. 839.

⁸⁰ STSJ Catalunya, 10 octubre 1995, Ar 3982, 23 octubre de 1995, Ar 4012, 30 desembre 1995, Ar 4944, 6 octubre de 1995, Ar 3967, STSJ Andalusia, 30 octubre 1995, Ar 3855, STSJ Galícia, 6 novembre de 1995, Ar 4155, STSJ Andalusia, 2 octubre de 1995, Ar 3838, STSJ Navarra, 24 novembre de 1995, Ar 4099.

través de l'art 51 i de l'art 52.c de l'ET el legislador no pretén donar cabuda a situacions de conveniència o situacions on es persegueix obtenir una millor expectativa de guanys a través d'una organització més òptima dels recursos humans.

Segons aquestes interpretacions judicials, les conseqüències socials que es deriven d'aquestes mesures, principalment en el cas de l'art 51 ET, fan necessari l'existència d'un desequilibri econòmic que derive d'una situació de perdudes econòmiques. És més, en el supòsit dels acomiadaments per circumstàncies empresarials cal que aquestes perdudes tinguin un caràcter estructural en clara oposició a allò previst en el cas de l'art 47 ET.

Així és, en el cas de les suspensions del contracte de treball per raons econòmiques es requereix senzillament una situació de perdudes que deriven de la conjuntura. Segons mantenen, aquesta situació "ocasional" fa que segurament amb una mesura de caràcter temporal siga suficient per tal de superar aquella conjuntura econòmica que afecta l'empresa⁸¹. Tanmateix, la interpretació de la causa econòmica en el cas dels acomiadaments col·lectius no significa tampoc que cal inevitablement un desequilibri econòmic irreversible o irreparable. No podem dir que el recurs a l'acomiadament requereix una situació financera i econòmica totalment traumàtica per a entendre justificats els acomiadaments⁸², encara que aquestes situacions trobarien cabuda també en l'art 51.1 quart paràgraf ET.

Amb aquesta interpretació de la causa econòmica allò que es pretén indicar és precisament que entre una situació caracteritzada per una disminució de beneficis i un important desequilibri econòmic que comporta el cessament de l'activitat empresarial i l'acomiadament de tots els seus treballadors, existeixen diferents situacions que podrien justificar aquests acomiadaments. Ara bé, la determinació dels esdeveniments i circumstàncies que poden justificar una mesura d'extinció del contracte de treball només és possible si comparem els termes utilitzats en els art 39, 40,41,47, 51, 52.c ET. Així és, tots aquests preceptes fan referència a la situació i al funcionament de l'empresa, però les circumstàncies que integren la causa són diferents en cadascun d'aquests supòsits, perquè es tracta supòsits de diversa entitat i gravetat⁸³.

⁸¹ CRUZ VILLALÓN, J, (Coor), "ET comentado", op.cit, pàg. 675. En ocasions s'ha posat en relleu el caràcter "definitiu" de la situació determinant dels acomiadaments col·lectius, per tal de marcar una nítida separació entre l'acomiadament per causes empresarials i la suspensió de la relació laboral fonamentada en les mateixes causes. Les suspensions serien l'instrument exclusiu per a les situacions de dificultats temporals de major o menor duració, mentre que els acomiadaments serien una mesura que pel seu caràcter traumàtic quedaria restringida a contexts objectivament irreversibles.

⁸² STSJ Andalusia, 2 octubre 1995 (Ar 3838), STSJ Galícia, 6 de novembre 1995 (Ar 4155), STSJ Navarra, 24 novembre 1995 (Ar 4099), STSJ Catalunya, 1 desembre 1995 (Ar 4880). ERO 0/03 FORD ESPANYA, SA: Com diu la Direcció General de Treball a l'hora d'autoritzar l'expedient: La causa al·legada en l'expedient no ha ser de *naturalesa irreversible*, això implica que ha de quedar garantida la viabilitat de l'empresa amb l'adopció de la mesura.

⁸³ RODRÍGUEZ DE LA BORBOLLA, J, "De la rigidez al equilibrio flexible. El concepto de causas económicas y tecnológicas y su evolución legal", op.cit, Pàg. 144. Defèn la idea que amb la nova redacció donada a aquests preceptes després de la reforma del 1994, resulta patent la connexió "gradual i graduada" de les distintes iniciatives que pot iniciar l'empresari segons la diversa gravetat dels moments pels quals pot passar l'empresa. NICOLÁS BEMAD, J.A, "La causa económica como factor de reajuste de los recursos humanos de la empresa: reflexiones sobre el control de su objetividad", RL, 1999, nº9, pàg. 519. Estima que les mesures de racionalització dels mitjans de producció no sempre van encaminades a extingir relacions laborals, ja que les mesures empresarials tan delicades queden reservades a les causes econòmiques, tècniques, d'organització o de producció més greus. Per tant, l'ET segons el grau de gravetat adopta altres formules més benignes.

Segons algun autor⁸⁴, en l'ET hi ha una graduació que aniria d'una situació dolenta a la pitjor de les possibles (art 39, 40,41,47, 51, 52.c ET). Aquesta graduació ja havia estat advertida per la doctrina i la primera jurisprudència dels jutjats socials i forma part de la nostra tradició històrica. Així doncs, el legislador va optar pel "criteri del mal menor". De tal forma, que davant un desequilibri empresarial, correspon a l'empresari decidir i conèixer amb un mínim d'exactitud les raons i les mesures per les qual pot optar.

Segons aquest plantejaments, en el cas de la modificació funcional o geogràfica art 39, 40, 41 ET, la situació que justifica l'adopció de la mesura en qüestió no és precisament un desequilibri econòmic caracteritzat per l'existència de perdudes de caràcter estructurals o ocasionals més o menys arrossegades en el temps. El legislador no pensava en una situació econòmica negativa per poder acudir a aquestes mesures, sinó més aviat pensava en una situació prospera a nivell econòmic. Ara bé, malgrat aquesta situació inicial el recurs a aquestes mesures pot millorar la situació de l'empresa en el mercat a través de diferent tipus d'innovacions.

A través d'aquestes mesures es busca doncs, una millor organització empresarial que permeti alhora millorar una situació òptima. A diferència d'allò que ocorre amb els acomiadaments, lluny d'exigir-se una situació crítica, la mesura empresarial pot buscar senzillament una reestructuració empresarial que té com a objectiu millorar una situació òptima i que tracta d'augmentar els seus beneficis o millorar l'expectativa de guanys. Segons aquestes idees, la modificació es configuraria com un mecanisme que permet a l'empresa adaptar-se a les exigències de la competència i del mercat⁸⁵.

Aquestes interpretacions són coherents amb la finalitat buscada a través d'aquestes mesures. Mentre que en les modificacions la norma només exigeix que la mesura *millore* la situació de l'empresa, en els acomiadaments per causes empresarials cal que la mesura *contribuesca* a superar una situació econòmica negativa⁸⁶. Com va destacar la doctrina judicial, aquesta diferència entre l'art 51, 52.c i 41 ET no és fortuïta i en realitat respon a un deliberat propòsit de reduir la possibilitat d'acudir a l'acomiadament a aquells supòsit en què es vol superar el problema i no quan allò que es vol es pal·liar aquella situació⁸⁷.

⁸⁴ GARCÍA FERNÁNDEZ, M, "Razones económicas, técnicas, organizativas y de producción en las decisiones empresariales de modificación y extinción del contrato de trabajo: determinación, formalización, prueba y control judicial", op.cit, pàg. 78

⁸⁵ MONTOYA MELGAR, A, "la nueva regulación del despido por causas objetivas: la amortización de puestos de trabajo por razones económicas, técnicas, organizativas, o de producción", en D.A, MARTÍNEZ EMPERADOR, R, (dir), "Puntos críticos de la reforma Laboral", pàg. 139: mentre que les variacions previstes en l'art 40 i 41 ET poden operar en empreses en situació de normalitat, les extincions per causes econòmiques previstes en els art 51 i 52.c ET només procedeixen en empreses amb una dolenta situació econòmica (actual o imminent). Això incrementa l'"onus probandi" empresarial: el patró haurà de demostrar aquella dolenta situació i haurà de raonar la necessitat de la mesura.

⁸⁶ Pel que fa a la connexió entre la mesura i la finalitat existeix una petita diferència entre la mobilitat geogràfica i les modificacions substancials. L'art 41ET estableix, a diferència d'allò dit en l'art 40 ET, que la mesura s'haurà de fonamentar *en provades* raons econòmiques, tècniques, d'organització o de producció. Això significa que en el cas de les modificacions substancials es requereix un major esforç probatori; en el sentit que correspon a l'empresari al·legar, aportar i demostrar, l'existència de la causa sobre la qual es fonamenta la decisió. STSJ de la Rioja, 15 octubre de 1996, Ar 3674.

⁸⁷ STSJ del País Basc, 4 abril 1995 (1423), AL, nº35, 1995, Jutjat Social de Móstoles nº1, sentència de 15 de març de 1995 (766), AL nº20, 1995.

Segons aquests plantejaments, en els acomiadaments per causes empresarials el contingut de la causa econòmica està constituït per un desequilibri econòmic que a nivell pràctic es tradueix en una situació de perdudes econòmiques estructurals que posen en perill el projecte empresarial⁸⁸. A més, aquesta situació deficitària ha de ser provada amb dades objectives. En el supòsit dels acomiadaments col·lectius aquest requisit queda explicitat quan l'art 6.1.a del RD 43/1996 estableix que si l'acomiadament és fonamenta en la concurrència de la causa econòmica haurem d'aportar la documentació pertinent sobre l'estat i l'evolució de la situació econòmica, financera i patrimonial de l'empresa als *darrers tres anys*.

Després d'aquest breu anàlisi, és possible afirmar que durant un llarg període de temps, la doctrina judicial lluny de relegar el concepte administratiu de crisi econòmica allò que va fer va ser adaptar-lo a les noves exigències i finalitats introduïdes per la Llei 11/1994 i en general, va continuar fent ús dels criteris que en un moment donat el caracteritzaren. Els tribunals han continuat exigint que la causa siga real, actual, objectiva i suficient, encara que aquests requisits són interpretats amb un menor rigor i intensitat⁸⁹. Aquests entenen que la causa és real, quan la situació es pot constatar a

⁸⁸ STSJ Catalunya 6 octubre 1995 (Ar 3967), Andalusia 30 octubre 1995, Ar 3855, Galícia 6 de novembre 1995, Ar 4155. No només cal que les perdudes tinguin un caràcter acumulatiu a més, cal prova plena sobre els resultats deficitaris. A més a més, és necessari que les perdudes tingueren un caràcter sostingut: STSJ Múrcia, 25 de maig de 1995, AS 2095, STSJ Andalusia, 5 de juny de 1995, AS 2976, STSJ de la Rioja, 6 de juny de 1996, AS 1747, STSJ Catalunya, de 1 d'octubre de 1996, AS 3894. ERO 3/04, RODRÍGO SANCHO, SA. Acomiadament de 82 treballadors, per causes econòmiques. Com al·lega l'empresa en la memòria explicativa, des del segon semestre de 2002 l'empresa va patir una disminució de comandes que va generar la reducció de les seues exportacions. Això va provocar unes evidents perdudes econòmiques. La situació es va veure agreujada per la crisi del sector que pateix una persistent debilitat del dòlar. L'empresa exposa en la memòria que no espera que durant el 2004 l'euro perga força, perquè el dòlar continuarà la seua línia dèbil afavorint les exportacions americanes. A través de l'expedient l'empresa pretén assegurar la viabilitat de l'empresa i adequar la plantilla als nivells de comandes i de producció. ERO 9/02 i 10/02, ARACIL SA i TADELO SA. L'empresa sol·licita extingir determinats contractes de treball per causes econòmiques. Com deixa constància en la memòria explicativa, l'empresa des de 1997 ha patit una disminució de vendes que ha generat importants perdudes econòmiques. L'empresa va exterioritzar la seua crisi a finals de 2001, quan es veu obligada a garantir les seues operacions amb entitats financeres a través d'hipoteques. Per tant, tenint en compte les perdudes es fa necessari adequar la plantilla a les necessitats de producció. ERO 10/03 MB Espanya SA. Com reconeix la Direcció General de Treball, l'esmentada empresa pateix perdudes econòmiques des de fa diversos anys. Aquesta situació ha estat generada per la caiguda del mercat europeu i això ha provocat una disminució de vendes importants.

⁸⁹ Sentència del jutjat de Madrid n°33, 20 setembre 1994. (1712), AL, n°44, 1994. En ella es diu que una empresa estarà en una situació econòmica negativa quan trobem un dèficit o perdudes en l'explotació. Però a més, aquesta ha de ser real. No es poden fer al·legats sobre una situació econòmica general o sobre el deteriorament d'un sector. A més, la crisi ha de ser suficient. En un mateix sentit: sentència del jutjat social de Madrid n°31, 28 de setembre de 1994, (1819), AL, n°47,1994. Sentència del Jutjat social de Madrid n°34, 26 octubre de 1994, (1879), AL, n°48, 1994. Sentència del jutjat social de Madrid, 16 de desembre de 1994, (686), AL n°18, 1995. STSJ Andalusia, 2 octubre 1995, Ar 3838, 30 octubre 1995, Ar 3855, STSJ Galícia, 6 de novembre 1995, Ar 4099, STSJ de Catalunya, 10 octubre 1995, Ar 3982, 23 octubre 1995, Ar 4012, 1 desembre 1995, Ar 4880, STSJ Navarra, 31 gener 1996, AL, n°25, 1996. En contra d'aquests pronunciaments: STSJ de Castella i Lleó, 29 de novembre de 1994 (242), AL, n°6, 1995. En aquest sentit, NAVARRO NIETO, F, "Los despidos colectivos", op. cit., pàg. 69, afirma que la formulació de la causa econòmica resultaria de l'aplicació dels criteris interpretatius d'elaboració administrativa sobre la noció de inviabilitat real, actual, suficient, i objectiva, encara que hauríem de fer algunes matisacions. En un mateix sentit, ODRIOZOLA LANDERAS, A, "Causa económica del despido a la luz de la jurisprudencia", AL, 1997, n°16, pàg. 411. NAVARRO NIETO, F, "los despidos individuales por causas económicas en la reciente doctrina de los tribunales superiores de justicia y del tribunal supremo", AL, 1996, n°43, pàg. 823. GOERLICH PESET, J.M, "Los despidos colectivos", en

través de fets objectius, és a dir, és necessari que existesquen dades econòmiques i tècniques que avalen la situació econòmica negativa. La realitat de la causa econòmica impediria que acudirem a fets no reals per a justificar els acomiadaments⁹⁰.

Amb el terme objectiu es pretén deixar constància de l'efectiva situació negativa, amb independència de les causes que motiven aquella situació de deteriorament. Aquest requisit impedeix que acudim a l'acomiadament col·lectiu o a l'amortització de llocs de treballs al·legant crisis futures o hipotètiques o emparant-nos en la situació del sector⁹¹. En darrer lloc, per a la doctrina judicial la suficiència de la mesura es tradueix en la serietat i entitat del desequilibri econòmic⁹².

Aquesta concepció de la causa econòmica l'hem de relacionar amb una idea predominant en alguns sectors de la doctrina judicial⁹³ que interpreten l'acomiadament per causes empresarials com una mesura excepcional. Segons aquestes interpretacions, l'acomiadament és considerat com "l'última ratio", una mesura que cal adoptar en casos extrems. Tant és així, que en aquells supòsits on podem dur a terme altres mesures destinades a salvaguardar la viabilitat de l'empresa cal acudir en primer lloc a elles⁹⁴.

Aquesta concepció de l'acomiadament per causes empresarials es basa en una interpretació sistemàtica de l'art 51 i 52.c ET i per això afirmen que en aquesta matèria no és possible dur a terme interpretacions flexibles, perquè l'acomiadament té un caràcter extraordinari i íntimament lligat a la consecució de l'objectiu que la norma preveu. Precisament aquesta vinculació de l'acomiadament a l'element teleològic impedeix que l'utilitzem davant supòsits de mera conveniència empresarial. De fet, no és estany que en moltes ocasions els expedients de regulació d'ocupació vagen precedits d'altres mesures que han tractat d'evitar o superar el declivi empresarial⁹⁵.

D.A, "Comentarios a las leyes laborales", op. cit, pàg. 106. La regla contemplada en l'art 51.1.II ET suposa un atac dur per a la interpretació administrativa tradicional que exigeix la concurrència dels quatre requisits, perquè no tots subsisteixen en la reforma.

⁹⁰ STSJ de Catalunya, 6 octubre 1995, Ar 3967.

⁹¹ GOERLICH PESET, JM, "Los despidos colectivos", en D.A, "Comentarios a las leyes laborales", op.cit, pàg. 111. El nou art 51 introdueix un important matis en el requisit d'actualitat. El precepte permet que es continue aplicant aquest requisit a la causa econòmica però no a la resta de les causes, perquè aquestes tenen un caràcter preventiu.

⁹² STSJ Catalunya 10 octubre 1995, Ar 3982.

⁹³ STSJ País Basc, 4 abril 1995 (1423), AL n°35, 1995. En aquesta resolució, afirma l'òrgan judicial que la reforma pretenia garantir els elements bàsics de competitivitat d'una empresa, i això feia possible que aquestes decisions es duguessen a terme amb la finalitat de mantenir en el futur la continuïtat de l'empresa. Aquesta vinculació subordinada entre l'extinció i la garantia d'ocupació resulta incompatible amb la concepció d'aquesta causa d'acomiadament. No podem entendre justificat l'acomiadament sense garanties objectives que posen en relleu que la dolenta situació empresarial serà superada i que la mesura ajuda a aquella finalitat. En *Jutjat Social Madrid* n°20, 19 desembre 1994 (687), AL n°18, 1995, Sentència del jutjat social de Madrid n°34, 8 de novembre de 1994, (1889), AL n°48, 1994. En ella es diu que l'acomiadament continua sent una institució causal i d'acord amb els principis d'estabilitat en l'ocupació i causalitat de l'acomiadament, aquest ha de ser considerat com "l'última ratio". Només és possible acudir a ell quan han fracassat altres mesures menys dràstiques que l'empresari pot adoptar en l'exercici dels seus poders de variació i direcció.

⁹⁴ ERO 0/03, FORD ESPANYA, SA: La Direcció General de Treball autoritza les extincions i al·lega: que en relació a la causa, aquesta no ha de ser de naturalesa irreversible, és per això que a través d'aquesta mesura ha de quedar garantida la viabilitat. Per altra part, cal analitzar si l'empresa a dut a terme altres accions a efectes d'aconseguir aquell objectiu, especialment mesures que no sacrificuen llocs de treball.

⁹⁵ ERO 3/04 RODRÍGUEZ SANCHO, relatiu a l'extinció de 82 contractes de treball, va ser precedit al 1997 per un expedient de regulació d'ocupació que preveia 100 prejubiacions. L'empresa va tractar

3.2.1.2) ELS PRIMERS INTENTS PER TAL DE FER MÉS FLEXIBLE LA CAUSA ECONÒMICA:

Enfront d'aquests plantejaments existeixen altres que defenen una concepció més flexible dels acomiadaments per causes econòmiques. Segons mantenen, la necessària adaptabilitat de les empreses a l'entorn econòmic impedeix que es continue aplicant una concepció rígida de la causa econòmica. En realitat allò que es pretén amb aquests arguments es atribuir una naturalesa preventiva a la causa econòmica. Segons expliquen aquells que defensen aquests plantejaments, és possible trobar-nos amb situacions que justificaven aquestes interpretacions. Així és, és possible que el balanç siga negatiu però les perspectives positives per als propers exercicis econòmics o a l'inrevés⁹⁶.

Majoritàriament, la doctrina⁹⁷ ha defès que una situació econòmica negativa és una situació de perdudes estructurals i han atribuït una naturalesa reparadora a la causa

d'introduir innovacions en el producte i buscar nous mercats. Al 2003 va sol·licitar un expedient per tal de reduir la jornada per causes econòmiques. En el cas de l'ERO 6/03, Tèxtil AGOSTINO, SA, L'empresa per tal d'evitar les extincions va tractar de contactar amb altres empreses a efectes de mantenir la factoria i evitar una destrucció important de llocs de treball. En l'ERO 10/03, MB ESPANYA, SA, La Direcció General de Treball, té en compte les diferents possibilitats plantejades per l'empresa en la memòria explicativa i les mesures adoptades a efectes de garantir la viabilitat futura de l'empresa. No obstant això, autoritza les extincions per considerar que cap de les possibilitats resulta factible a conseqüència del nivell tecnològic de la factoria. A més no es preveu que millore tenint en compte la situació del mercat. ERO 2/02, WINTERTHUR, SA. Com exposa l'empresa en la seua memòria explicativa, l'empresa pateix perdudes des de l'any 1998, una situació que empitjorà al 2000. A més, l'empresa pateix diferents problemes de caràcter tècnic que fan necessari tota una sèrie d'iniciatives de caràcter tecnològic per poder competir amb les noves exigències del mercat i superar a l'hora l'antiguitat dels sistemes. L'empresa considera necessària la mesura, perquè amb anterioritat va adoptar altres que fracassaren: els accionistes aportaren capital i adoptaren altres mesures de caràcter tecnològic i d'organització.

⁹⁶ Aquest es precisament el raonament utilitzat pel TSJ de Castella i Lleó, sentència de 8 de març de 1999, (742), AL,1999, n°18. per tal de considerar que no existeix una situació econòmica negativa l'òrgan judicial estima que no concorre la causa econòmica, perquè malgrat que als anys 1996 i 1997 el balanç comptable era negatiu, sembla que per a l'any següent no existiran perdudes, i a més als anys mencionats existien una sèrie d'actius susceptibles de ser cobrats. El Tribunal entén que estem davant una crisi fruit de la conjuntura. En definitiva, malgrat l'existència de perdudes actuals desestima l'existència d'una situació econòmica negativa emparant-se en perspectives futures.

⁹⁷ MARTÍNEZ EMPERADOR, R, "El despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción: criterios jurisprudenciales", op.cit, pàg. 215. Considera que una situació econòmica negativa és una situació de perdudes que no són fruit de la conjuntura, per tant, una disminució de beneficis no autoritza una mesura d'extinció. En un mateix sentit, BELTRAN MIRALLES, S, "El despido por causas económicas, comentario a la sentencia del TS de 24 de abril de 1996", AL, 1996, n° 43, pàg. 837. VIZCAÍNO CASAS, F, "Los despidos colectivos. Posición jurisprudencial sobre los requisitos que los determinan. AL, 1998, n° 34, pàg. 639. GOERLICH PESET, JM, GARCÍA RUBIO, M^a.A, "La aplicación judicial de las nuevas reglas sobre el despido económico. Consideraciones al hilo de las primeras sentencias de instancia", T.S,1995, n° 52, pàg. 110. Considera que el concepte *situació econòmica negativa* exclou la idea que una disminució de beneficis justifique els acomiadaments. No obstant, considera que aquesta qüestió no té molta importància, perquè si bé és cert que davant una disminució de beneficis un acomiadament per causes econòmiques no tindrà èxit, si en podrà tenir emparant-se en la resta de les causes. GARCÍA FERNÁNDEZ, M, "Razones económicas, técnicas, organizativas y de producción, en las decisiones empresariales de modificación y extinción del contrato de trabajo", op.cit, pàg. 79-80. Aquest autor, diferència entre situacions de *inviabilidad irreversible*, *viabilidad amenazada*, i *viabilidad manifestamente millorable*. Les primeres constitueixen causa d'extinció. Les segones manifesten la situació econòmica negativa al·ludida en l'art 51. Així doncs, només es podria autoritzar l'acomiadament en supòsits on es produeix un desequilibri que en un futur proper posés en perill el manteniment de l'ocupació. ODRIOZOLA LANDERAS, A, "Causa económica del despido a la

econòmica. Segons expliquen, amb l'acomiadament per causes econòmiques es pretén superar o “reparar” una situació de crisi provocada pel desequilibri econòmic que pateix l'empresa. No obstant això, aquests plantejaments no han impedit que alguns sectors de la doctrina defenguen una concepció més flexible de la causa econòmica⁹⁸.

En aquest sentit, alguns sectors han defès que afirmaven una disminució dràstica de beneficis és una situació econòmica negativa⁹⁹. Segons explicaven, no és lògic esperar a una situació prou més complicada per tal de poder adoptar aquestes mesures, perquè si la mesura d'extinció l'adoptem en aquest moment, podem evitar situacions prou més complexes en el futur.¹⁰⁰ En tots aquests supòsits s'ha optat per dur a terme una interpretació més flexible dels criteris d'elaboració judicial i es propugna acudir a l'acomiadament en supòsits on la causa econòmica no revestia el caràcter d'actualitat, d'objectivitat ni de suficiència.

Tanmateix, aquestes darreres interpretacions de la causa econòmica ometen, que a través dels acomiadaments per causes empresarials no busquem només protegir la productivitat de les empreses o el lucre empresarial, ni té com a únic objectiu permetre a

luz de la jurisprudencia”, op.cit, pàg. 412. estima convenient, buscar un punt d'equilibri entre aquelles situacions que pretenen protegir el lucre empresarial i permeten fer viable l'acomiadament per una disminució del benefici empresarial i aquelles altres constituïdes per una crisi important. En altres paraules, no hem d'esperar a trobar un estat de fallida total per acudir a la mesura en qüestió, cal buscar un punt intermedi. RODRÍGUEZ DE LA BORBOLLA, J.L, “ De la rigidez al equilibrio flexible “, op. cit., pàg. 144. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J, MARTÍNEZ BARROSO, M^a. R, RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S, “ El derecho del trabajo tras las últimas reformas “flexibilizadoras de la relación laboral”, Madrid, ed. CJPJ, 1998, pàg. 423.GOERLICH PESET, JM, “Los despido colectivos”, en DD. AA, “Comentario a las leyes laborales”, op.cit, pàg. 93 i 95. Després de la reforma de 1994 la causa econòmica continua sent equivalent a una situació de perdudes. La causa econòmica s'ha d'interpretar de forma estricta. No es pot assimilar l'existència d'una disminució de beneficis en exercicis anteriors amb l'existència de resultats negatius. En un mateix sentit: PRADOS DE REYES, F.J, “Los despidos objetivos por las causas de l'art 52.c ET”, en D.A, “Presente y futuro de la regulación del despido”, op.cit, pàg. 81.

⁹⁸ MOLERO MANGLANO, C, “La amortización de puestos de trabajo en el reformado Art. 52.c ET a la luz de su primer tratamiento judicial”, op.cit, pàg. 459. Considera aquest autor que no és lògic esperar a una situació de perdudes irreparables. És causa econòmica la que afecta la relació d'ingressos i despeses, però això no implica que les perdudes han d'haver-se produït ja. MONTOYA MELGAR, A, “Contrato de trabajo y economía (Las causas económicas, técnicas organizativas y de producción, como fundamento legal de extinciones, suspensiones y modificaciones de las relaciones de trabajo)”, RMTAS,1998, n^o8, pàg. 61, NICOLÁS BEMAD, JA, “La causa económica como factor de reajuste de los recursos humanos”, op.cit, pàg. 562. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F, “Las llamadas causas económicas, técnicas, organizativas o de producción”, DL, 1997, n^o51, pàg. 39-40.

⁹⁹ STSJ Castilla i Lleó, 29 de novembre de 1994, Ar 4441. NICOLÁS BEMAD, J.A, “La causa económica como factor de reajuste”, op.cit, pàg. 522.

¹⁰⁰ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F, “Las llamadas causas económicas, técnicas, organizativas o de producción”, op. cit, pàg. 40, afirma que condicionar l'adopció de les mesures de reorganització productiva a l'existència de perdudes econòmiques és dilatar el problema. De tal forma, que aquells que afirmen que la normativa laboral no tutela el lucre empresarial desconeixen que el compte de resultats d'una empresa és l'element més evident del seu nivell de competitivitat. En aquest sentit, ARAMENDI SÁNCHEZ, J.P, “Los despidos por causas técnicas, organizativas y de producción”, op.cit, pàg. 79, considera que es negativa tota situació que obliga una empresa a mantenir costos superiors per a remunerar factors que per a ella no són productius. DESDENTADO BONETE, A, “El despido objetivo económico. Ámbito, causas, forma, efectos y control”, en D.A, “El régimen del despido tras la reforma laboral”, op.cit., pàg. 263. Hi ha altres supòsits en els quals pot existir una situació econòmica negativa que no es manifesta en perdudes, però que afecta de forma greu la funció del contracte, per exemple, una disminució de la demanda que comporte una disminució de la producció, i per tant, un excés de plantilla que no es tradueix necessàriament en una situació de perdudes. Aquesta és també una situació econòmica negativa.

costa de qualsevol situació l'adaptabilitat de les empreses a l'entorn econòmic. Per tant, en aquests supòsits són necessàries solucions equilibrades i no només flexibles.

Evidentment, ens trobem davant una matèria condicionada cada cop més per factors externs: canvis productius, econòmics, socials, per la major dependència de les economies, per la successió dels cicles de recessió i reactivació¹⁰¹. Aquests esdeveniments, han incidit en general sobre el mercat de treball i en particular, sobre el tractament que ha rebut el règim jurídic dels acomiadaments per causes empresarials. Tanmateix, no podem oblidar que aquestes mesures afecten els treballadors i repercuteixen en el mercat de treball i en la societat¹⁰².

3.2.2) LES CAUSES TÈCNiques, ORGANITZATIVES O DE PRODUCCIÓ:

La reforma introduïda per la Llei 11/1994 més que una vertadera ampliació causal dels acomiadaments per causes empresarials va explicitar un concepte existent dins de la doctrina judicial i de la jurisprudència. En aquest sentit, les causes tècniques equivalen a allò que en la versió originària de l'ET era la causa tecnològica¹⁰³. Aquest tipus de causa fa referència a l'existència d'uns mitjans de producció que a causa dels avanços tecnològics esdevenen ineficaços i obliguen l'empresari a invertir en la renovació dels mitjans de producció per no perdre competitivitat i assegurar la viabilitat futura de l'empresa i la seua ocupació¹⁰⁴.

Els avanços científics i tecnològics esdevenen un element clau en la comprensió d'aquesta causa, perquè l'ajustament de la plantilla dut a terme per l'expedient de regulació d'ocupació és provocat per la renovació dels béns de l'empresa, una renovació que és imposada per tal de no perdre competitivitat. Certament, aquesta situació obliga les empreses a estar al dia, modernitzar-se i renovar-se per tal que l'empresa no arribe a

¹⁰¹ ALBIOL MONTESINOS, I, CAMPS RUIZ, LM, LÓPEZ GANDIA, J, SALA FRANCO, T, "Derecho del trabajo. Tomo I. Fuentes y relaciones colectivas", València, ed. Tirant lo Blanch, 2003, pàg. 55. Posen de relleu que assistim a un Dret del Treball que ha de ser "eficient econòmicament" això és, funcional. No es busca només garantir la tutela de la part dèbil a més, es pretén garantir la productivitat i l'ocupació i aquest últim es subordina democràticament al bé comú de l'empresa, com a interès propi.

¹⁰² En un sentit similar es pronuncia MARTÍNEZ ABASCAL, V.A, "La extinción del contrato de trabajo tras la reforma laboral de 1994: practica convencional y aplicación judicial", D.A, ROJO TORRECILLA, E, "Las reformas de 1994 y 1997", op.cit, pàg. 231: No obstant, la genèrica recerca de l'equilibri dels interessos de les parts que el legislador reformista de la Llei 11/1994 diu perseguir entra en contradicció amb les específiques modificacions que rep la regulació de l'acomiadament en els articles de l'esmentada norma. Es pot afirmar que les solucions normatives adoptades no aconsegueixen sempre plasmar aquest equilibri, més aviat mostren amb prou freqüència una preferent tutela de l'interès empresarial en perjudici de les garanties que han de rodejar la vessant normativa del principi "pro operario" en l'Estat Social.

¹⁰³ MOLERO MANGLANO, C, "La amortización de puestos de trabajo en el reformado Art. 52.c ET, a la luz de su primer tratamiento judicial", op.cit, pàg. 461. GOERLICH PESET, JM, "El despido colectivo", en D.A, "Comentario a las leyes laborales", Tomo II, op.cit, pàg. 99.

¹⁰⁴ NAVARRO NIETO, F, "Los despidos colectivos", op.cit, pàg. 78. Aquest autor les defineix com una innovació referida als mitjans tècnics de producció que suposa una inversió en la renovació dels béns de capital que utilitza l'empresa i que repercuteix en els llocs de treball directament vinculats a aquells mitjans. MOLERO MANGLANO, C, "La amortización de puestos de trabajo en el reformado Art. 52.c ET, a la luz de su primer tratamiento judicial", op.cit., pàg. 461. La causa tècnica consisteix en una renovació dels equips de producció de l'empresa que no fan necessaris una determinada proporció de mà d'obra. MONEREO PÉREZ, J.L, FERNÁNDEZ AVILÉS, A, "EL despido colectivo en el derecho español", op.cit., pàg. 91. La causa tècnica està relacionada amb l'adopció de mesures destinades a la racionalització de l'organització productiva a través de la incorporació dels necessaris avanços tecnològics per a millorar la competitivitat de l'empresa en el mercat.

ser inviable. Però, la renovació dels mitjans de producció o la reorganització de l'empresa com a causa justificativa d'un acomiadament per causes empresarials continua estant lligada a una finalitat: assegurar la viabilitat i l'ocupació de l'empresa .

La causa organitzativa ha estat relacionada tradicionalment amb els sistemes o mètodes de treball que configuren l'estructura de l'empresa i allò que es pretén a través de l'acomiadament basat en aquestes causes és racionalitzar el treball dins de l'organització productiva a través de nous criteris¹⁰⁵. En definitiva, allò que es pretén és una utilització més eficient dels recursos humans. Així doncs, es consideren situacions que integren el contingut de la causa organitzativa: la introducció de nous mètodes de treball, l'agrupació d'instal·lacions, la descentralització de l'organització productiva o l'externalització d'activitats. A diferència de les causes tècniques, aquestes no necessiten una inversió en els mitjans de producció.¹⁰⁶

Per altra banda, l'existència d'una decisió de tipus organitzatiu seguida d'un excés de personal no justifica la corresponent reestructuració de la plantilla. Malgrat que qualsevol canvi tecnològic o d'organització pot millorar la situació de l'empresa, no era ni és suficient la mera conveniència empresarial per tal d'acudir a aquests tipus d'acomiadament. La Llei només justifica l'acomiadament per raons d'organització, quan es donen circumstàncies d'organització que provoquen un desequilibri que posa en perill la viabilitat futura de l'empresa i l'ocupació d'aquesta. Així és, els acomiadaments per causes empresarials, art 51 i 52.c ET, són una institució causal, perquè el legislador condiona l'adopció de la mesura al seguiment d'una determinada finalitat: assegurar la continuïtat de l'empresa i l'ocupació.

Alhora, aquesta interpretació sobre els acomiadaments per causes organitzatives ens obliga a limitar determinat tipus de reorganitzacions empresarials. Segons aquestes idees, l'acomiadament i posterior contractació d'aquests serveis a una empresa externa o el trasllat de determinades funcions a altres centres de treball, només constituïran una causa justa quan l'acomiadament es fonamente en una necessitat real i no en una simple conveniència empresarial¹⁰⁷. La reestructuració del sistema de treball estarà justificada quan la mesura adoptada racionalitzi de forma més adequada els seus recursos i permeti a l'empresa ser més viable i tenir més possibilitats de mantenir els seus nivells d'ocupació.

En darrer lloc, la causa productiva ha estat definida com aquella que incideix sobre la capacitat de producció de l'empresa per ajustar-la a les circumstàncies del mercat. En realitat, els problemes productius que fonamenten aquest tipus d'acomiadaments fan referència a aquelles desequilibris que incideixen sobre els costos i el volum de producció. Amb l'acomiadament basat en aquestes causes es tracta d'adequar la capacitat productiva a les exigències del mercat amb l'objectiu que no perilli l'actuació competitiva de l'empresa¹⁰⁸.

¹⁰⁵ NAVARRO NIETO, F, "Los despidos colectivos", op.cit, pàg. 79.

¹⁰⁶ GOERLICH PESET, JM, GARCÍA RUBIO, M^a. A, "La aplicación judicial de las nuevas reglas sobre el despido económico. Consideraciones al hilo de las primeras sentencias de instancia", op.cit, pàg. 89.

¹⁰⁷ STSJ Astúries, 25 abril de 1995 (AS 1450), STSJ de la Rioja, 21 abril de 1995 (AS 1373). Sentència del jutjat social de Madrid n°20, 21 de març de 1995, AL n°30, 1995.

¹⁰⁸ MONEREO PÉREZ, JL, FERNÁNDEZ AVILÉS, JA, "El despido colectivo en el derecho español", op.cit, pàg. 93. Segons algunes resolucions judicials la causa productiva es produeix quan les dificultats de producció afecten els costos y el volum de producció de l'empresa. Amb l'acomiadament tractem ajustar aquella situació a les exigències de mercat. Es tracta de corregir aquell desajust amb l'objectiu

En relació amb aquestes darreres causes, és important destacar que la reforma del 1994 no només va suposar una ampliació de les causes justificatives d'un acomiadament per causes empresarials, a més va trencar amb la tradicional tendència de vincular aquestes causes amb la causa econòmica. En trencar el legislador aquesta vinculació, hem d'entendre que per a acudir a aquest tipus d'acomiadament no cal una "situació econòmica negativa"¹⁰⁹. Allò que es pretén a través d'aquestes causes és permetre acomiadaments fonamentats en raons relacionades amb l'organització de l'empresa amb la finalitat d'adaptar la plantilla a les necessitats estructurals de la demanda. Això sí, és necessari que amb la mesura es busque superar un desequilibri que pot posar en perill la viabilitat futura de l'empresa.

3.2.3) ALGUNES APRECIACIONS GENERALS SOBRE LA CONCURRÈNCIA DE LA CAUSA TÈCNICA, ORGANIZATIVA O DE PRODUCCIÓ:

La reforma de 1994 va implicar un canvi important sobre aquestes causes i les modificacions que les afectaren contribuïren a fer més flexible el règim jurídic dels acomiadaments per causes empresarials. Així és, amb l'ampliació d'aquestes causes el legislador va tractar de dotar de major flexibilitat aquests acomiadaments i facilitar l'adaptació de les empreses als canvis que es produïen en el seu entorn i que podien posar en perill el projecte empresarial. Per això mateix, s'esforçaren per desvincular aquestes causes de l'existència d'una crisi econòmica. Tanmateix, no podem negar certa relació entre aquests tipus de desequilibris i els econòmics, perquè en moltes ocasions un problema organitzatiu o productiu va acompanyat d'un desequilibri econòmic o financer i en altres ocasions, si no adoptem aquestes mesures pot sorgir una situació econòmica negativa.

Per poder desvincular aquestes causes d'una situació econòmica negativa el legislador va centrar els seus esforços en l'element teleològic. Es deia que amb els acomiadaments per causes tècniques, d'organització o de producció no es pretén contribuir a superar un desequilibri econòmic. Allò que es busca és superar aquelles situacions de caràcter tecnològic, productiu o d'organització que poden generar un desequilibri que faça perillar la viabilitat del projecte empresarial i que incideix sobre els nivells d'ocupació.

És per això, que la majoria de la doctrina atribuïa a les causes tècniques, d'organització o de producció una *naturalesa preventiva*¹¹⁰, perquè a través d'aquestes reestructuracions no és pretén reparar la dolenta situació econòmica i financera de l'empresa, més aviat es pretén evitar o prevenir aquell desequilibri empresarial. Segons

d'evitar que continue perillant l'actuació competitiva de l'empresa: Sentència del jutjat social de Madrid n°34, 26 d'octubre de 1994, (1879), AL n°48, 1995.

¹⁰⁹ STSJ Castella i lleó, 28 de novembre de 1995, Ar 2827, STSJ Múrcia, 17 de novembre de 1995, Ar 2827.

¹¹⁰ NAVARRO NIETO, F, "Los despidos por causas económicas en la reciente doctrina de los tribunales de justicia y del TS", op.cit, pàg. 825. MOLERO MANGLANO, C, "La amortización de puestos de trabajo en el reformado Art. 52.c ET a la luz de su primer tratamiento judicial", op.cit, pàg. 459, GOERLICH PESET, JM, "El despido colectivo", op.cit, pàg. 111. LÓPEZ GÓMEZ, JM, "Las causas económicas y empresariales del despido", en D.A, "Los despidos por causas económicas y empresariales", op.cit, pàg. 66.

deia algun autor¹¹¹ “aquestes causes, a diferència de les econòmiques, es projecten en el nivell de la competitivitat”. Les causes econòmiques incideixen en la renda de l’empresa i la resta en l’eficiència d’aquesta, és a dir, les tècniques afectaran l’àmbit dels mitjans de producció, les d’organització a l’àmbit dels sistemes i mètodes de treball i les productives a l’àmbit dels resultats de l’explotació.

Per altra banda, la naturalesa preventiva d’aquestes causes fa que ens plantegem si la concurrència de la causa tècnica, d’organització o de producció exigeix el compliment de tots aquells criteris d’elaboració judicial predicables de la causa econòmica. En principi, sembla que aquestes causes han de ser suficients, perquè l’acomiadament ha de ser una mesura proporcionada segons l’entitat i la gravetat de la situació. Per tant, a l’hora d’acudir als acomiadaments per causes empresarials cal una situació prèvia que pose en relleu un desequilibri en el funcionament de l’empresa.

D’altra banda, cal que la causa siga estructural, perquè no era ni és suficient amb desequilibris temporals que poden ser corregits amb altres mesures: 40, 41, 47 ET. A més a més, la causa ha de ser real i l’expedient de regulació o l’acomiadament objectiu han de fonamentar-se en dades reals i objectives, no en presumpcions. Quan allò que està en joc és la continuïtat del projecte empresarial i els nivells d’ocupació de l’empresa, sembla lògic exigir que l’expedient es fonamente en fets reals. En efecte, el legislador ho ha d’haver entès així, perquè en l’art 6 RD 43/1996, 19 de gener, exigeix que la memòria explicativa de les causes estiga acompanyada dels informes i projectes tècnics justificatius de la causa al·legada. A més, l’empresari ha de deixar constància de les mesures que pretén adoptar i de les seues expectatives d’influir sobre la viabilitat futura de l’empresa.

Més discutible és que la causa tècnica, d’organització o de producció haja de ser actual¹¹². Efectivament, no cal que en el moment de dur a terme l’expedient de regulació d’ocupació la situació empresarial se caracteritze per l’existència de perdudes objectives, perquè acudim a aquest tipus d’acomiadament per tal d’evitar que en un futur arribem a una situació negativa en el terreny econòmic. Això sí, cal que es donen indicis que posen en relleu que la situació actual pot arribar a ser una situació patològica si no adoptem aquestes mesures de reestructuració, perquè aquestes decisions no es poden fonamentar en hipòtesis.

¹¹¹ MARTÍNEZ EMPERADOR, R, “El despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción: criterios jurisprudenciales”, op.cit, pàg. 217.

¹¹² CRUZ VILLALÓN, J (Coord), “ET comentado”, op.cit, pàg. 676-677. Afirmar que en el cas d’aquestes causes no s’exigeix taxativament que l’empresa presente una situació de risc de viabilitat actualitzat en el moment de presentar el projecte de reducció d’ocupació. En aquesta ocasió es juga implícitament amb la idea de “previsible”, és a dir, es creu que l’evolució futura de l’empresa, aconsella objectivament adoptar mesures “preventives”. LÓPEZ GÓMEZ, J.M, “Las causas económicas y empresariales de despido”, en DA, “Los despidos por causas económicas y empresariales”, op.cit, pàg. 60 i 66. En el cas de les causes tècniques, d’organització o de producció no cal que la situació econòmica negativa siga actual i present. Més endavant diu l’autor, que en la legislació vigent es té en compte les situacions presents i futures per tant, són possibles les previsions de futur, d’acord amb una gestió provisional dels recursos humans, que es considera fonamental en l’activitat empresarial. GOERLICH PESET, J.M “El despido colectivo”, en DA, “Comentario a las leyes laborales”, op. cit, pàg. 111. El precepte permet que les causes tècniques, organització o de producció siguen utilitzades amb caràcter preventiu per tal d’assegurar la “viabilitat futura de l’empresa” i per tant, no cal esperar per a dur a terme la reestructuració, que els problemes de futur se concreten en perdudes.

4. EL JUDICI DE RAONABILITAT EN ELS ACOMIADAMENTS PER CAUSES EMPRESARIALS:

4.1) LA PROPORCIONALITAT DELS ACOMIADAMENTS PER CAUSES ECONÒMIQUES:

4.1.1) LES INTERPETACIONS JUDICIALS MÉS FLEXIBLES EN RELACIÓ AMB LA RAONABILITAT DE L'ACOMIADAMENT:

La justificació de l'acomiadament col·lectiu requereix no només la concurrència d'una de les causes previstes en l'art 51 ET, és necessari també acreditar que la mesura contribuirà a aconseguir les finalitats legals. Segons l'art 52.c ET, l'acomiadament per causes econòmiques ha de contribuir a la superació de situacions econòmiques negatives. En un termes quasi idèntics es pronuncia el legislador en l'art 51 ET. Segons aquest precepte, entendrem que concorre la causa econòmica, quan l'adopció de les mesures proposades contribueixen a superar una situació econòmica negativa.

Una de les majors dificultats amb les qual s'ha trobat la doctrina judicial tradicionalment ha consistit a definir l'element teleològic, és a dir, en donar contingut a la "necessitat" justificativa de l'acomiadament. Es tracta de determinar que justifica un acomiadament per causes empresarials: una necessitat, una conveniència o una utilitat. Des d'alguna resolució judicial¹¹³ es deia que el cas dels acomiadaments per causes empresarials, la necessitat havia d'estar justificada, perquè no és suficient la simple conveniència o utilitat empresarial.

No obstant això, diferenciar entre "necessitat", justificada o acreditada, "conveniència o utilitat", justificada o acreditada, no és tan senzill ni a la pràctica ni conceptualment. No és tan senzill, perquè no està clar si la conveniència o utilitat de l'empresari fa referència a l'obtenció d'una gestió més econòmica o a l'obtenció del màxim benefici possible. En qualsevol cas, des d'alguns sectors judicials han assenyalat que el plantejament més lògic i raonable per tal de superar la vaguetat del precepte i la falta de concreció del terme necessitat consisteix a tractar de concretar l'interès que la llei ha valorat com a mereixedor de tutela, enfront de l'interès del treballador a la conservació del lloc de treball. La clau està a interpretar de forma conjunta l'art 35 i 38 de la CE.

Per la seua banda, el TS va tenir ocasió de pronunciar-se sobre el control de raonabilitat dels acomiadaments per causes empresarials, en les sentències de 24 d'abril de 1996 i 14 de juny de 1996. Segons es dedueix d'aquestes resolucions, l'acomiadament no ha de provocar necessàriament la superació de la crisi econòmica. En realitat, és suficient que a través d'ell es contribueixca a millorar la situació de l'empresa. No obstant això, aquesta contribució ha de ser directa i adequada a aquesta finalitat i això impedeix que tinguem en consideració les contribucions ocasionals o remotes.

Tanmateix, el TS estima que la supressió d'un lloc de treball en una companyia que es troba en una dolenta situació econòmica contribueix directa i adequadament a

¹¹³ Com bé deia la STSJ d'Andalusia, 9 abril de 1999, (1433), AL, 1999, n°35.

superar aquella situació, perquè contribuir significa ajudar amb altres mesures a la superació de la crisi. De tal forma que tot acomiadament en una empresa amb perdudes econòmiques contribueix a superar la “situació econòmica negativa”. Evidentment, aquesta interpretació fa que ampliem els marges de flexibilitat en el control sobre la justificació de la mesura i que dotem a l’empresari d’una major discreció sobre aquesta matèria¹¹⁴.

Així doncs, el judici que s’ha de fer sobre aquest últim element no és sobre fets provats, però cal valorar si la conducta de l’empresari és raonable tenint en compte criteris tècnics d’actuació. L’acomiadament ha de deformar part d’un projecte de recuperació de l’equilibri empresarial. Pel que fa a la relació entre l’acomiadament i la finalitat legal, aquesta connexió es manifesta en l’adequació o proporcionalitat dels acomiadaments per a superar la situació desfavorable en el marc d’un pla de recuperació¹¹⁵. En aquest sentit, l’adequació de la mesura s’ha de projectar sobre fets passats, sobre la situació actual i sobre previsions futures. La connexió entre l’acomiadament i la situació desfavorable ha de consistir en l’adequació o proporcionalitat de la mesura per tal d’aconseguir la superació d’aquella dins d’un pla de recuperació”.

La connexió entre l’acomiadament i la finalitat legal es tradueix a determinar si és raonable la mesura adoptada, si aquesta mesura és necessària i contribueix a les finalitats de sanejament¹¹⁶. Ara bé, l’adequació de la mesura no es pot provar amb la mateixa rotunditat exigible respecte als fets, perquè es tracta d’una previsió de futur i evidentment, no es poden provar els efectes d’una decisió que encara no s’han produït. Tanmateix, sí que es pot exigir una activitat probatòria que tracte d’acreditar que les extincions acordades tendeixen racionalment a produir aquell efecte.

Coherents amb aquesta interpretació, es diu que no cal que amb l’acomiadament arribem a una situació positiva de l’empresa, és suficient que amb l’acomiadament aconseguim una situació menys negativa¹¹⁷. Així doncs, en aquests plantejaments existeix un menor rigor o un major nivell de flexibilitat a l’hora d’interpretar la justificació de la mesura. Aquesta idea queda patent en aquelles resolucions judicials on pràcticament l’existència d’un dèficit econòmic justifica l’acomiadament, sense analitzar de quina forma la mesura d’extinció d’un contracte de treball ajudarà a superar una situació econòmica negativa¹¹⁸.

¹¹⁴ NAVARRO NIETO, F, “ Los despidos colectivos “, op.cit, pàg. 76. Considera que el TS perfila una presumpció, en virtut de la qual tota amortització en una empresa amb perdudes permet reduir costos i conseqüentment contribueix a superar la situació negativa.

¹¹⁵ NAVARRO NIETO, F, “Los despidos individuales por causas económicas en la reciente doctrina de los tribunales superiores de justicia y del TS”, op.cit, pàg. 833. Afirma l’autor, que en aquesta sentència hi ha un reprotxe vetllat cap aquelles interpretacions judicials que realitzaven un mínim control sobre la justificació de la mesura, un judici centrat en la causa i en l’àmbit d’afectació. Tal vegada, el control realitzat pel Tribunal no és suficient a l’hora d’argumentar la justificació de l’acomiadament.

¹¹⁶ STSJ Catalunya, de 6 octubre 1995, AS 3967, 4 de setembre de 1996, AS 3635, STSJ Andalusia 4 octubre de 1996, AS 3691.

¹¹⁷ STSJ País Basc, 10 d’octubre de 1995, Ar 3712, STSJ Múrcia 20 de novembre de 1995, AS 4398.

¹¹⁸ ERO 0/03, FORD ESPANYA, SA: La Direcció General de Treball pren partit per un control prou flexible a l’hora de valorar la contribució de l’acomiadament. En aquest sentit, en l’esmentat expedient afirma: que el sistema d’intervenció administrativa en els acomiadaments col·lectius es manté però és més flexible, perquè és suficient que la mesura siga proporcional, és a dir, que aquesta resulte idònia a la finalitat de superar la crisi i fer viable la continuïtat de l’empresa. ERO 9/03, SIDMED, SA. En aquest expedient, la Direcció General de Treball pràcticament té en compte l’existència de la causa a l’hora de

En definitiva, la superació d'una crisi econòmica es pot superar de moltes formes: buscant nous mercats, reduint altres despeses que no siguin de personal, venent actius, ampliant capitals, disminuint beneficis. Però la Llei permet que si objectivament es demostra que existeixen perdudes es pot pal·liar a través de la reducció de personal¹¹⁹. En aquestes circumstàncies, l'acomiadament estarà justificat quan acreditem que han existit perdudes i que la situació es pot solucionar amb una reducció de les despeses de personal¹²⁰.

La conseqüència d'aquestes idees és clara: quan una empresa té perdudes en la seua explotació, prescindir d'uns llocs de treball disminuint directament les despeses de personal, pot pal·liar el resultat econòmic negatiu¹²¹. En aquests supòsits, l'acomiadament és una mesura raonable perquè neutralitza, al menys en part, els resultats negatius de l'empresa¹²². Sense que es pugui exigir per a la seua adequació a la norma, que la seua eficàcia siga decisiva, perquè aquella rellevància no l'exigeix la norma. És suficient amb el fet que contribueix a aquella finalitat. No podem exigir que l'acomiadament siga la panacea de la dolenta situació econòmica, perquè la només exigeix que aquest contribueix. Ara bé, la mesura com a mínim ha d'aportar alguna cosa en aquell sentit. Així doncs, hem de descartar els supòsits en què la mesura empitjora la situació o la deixa igual¹²³.

Tanmateix, en contra d'aquests plantejaments que són els que segueixen els nostres tribunals, es pot dir que ni les perdudes ni el descens en la facturació són circumstàncies que doten de causalitat l'acomiadament, ni posen en relleu que l'única opció siga la disminució dels nivells d'ocupació en l'empresa a través de l'extinció de la relació laboral. Entendre el contrari implicaria introduir un acomiadament pràcticament lliure amb l'únic condicionament consistent en el fet que l'empresa en el judici, pogués presentar una auditoria complaent a partir de la qual es pogués deduir qualsevol situació econòmica adversa¹²⁴.

valorar l'adequació de la mesura. Així doncs, en l'expedient es diu que l'autoritat laboral pot, a la vista de l'evolució econòmica de l'empresa, autoritzar la suspensió o l'extinció dels contractes de treball, quan apareix un estat de desequilibri en l'estructura econòmica i financera de l'empresa. Ho pot fer per tal d'evitar perdudes majors d'ocupació i pels desequilibris econòmics derivats de l'acumulació dels resultats deficitaris. Així doncs, finalitza dient que la documentació permet considerar acreditada la causa. Els fets al·legats per l'empresa requereixen un ajustament de plantilla per tal d'assegurar la viabilitat futura de l'empresa i mantenir la majoria de llocs de treball.

¹¹⁹ STSJ del País Basc, 10 octubre de 1995, Ar 3712.

¹²⁰ STSJ País Basc, 20 de juny de 1995, (1745), AL, 1995, n°42.

¹²¹ STSJ del País Basc, 20 de juny de 1995, (1745), AL, 1995.

¹²² STSJ de Castella i Lleó, 7 de febrer de 1995, (1336), AL, 1995, n°34.

¹²³ STSJ País Basc, 4 abril de 1995, (1423), AL, 1995, n°35.

¹²⁴ Jutjat social de Madrid n°34, sentència de 8 de novembre de 1994. (1819) AL, 1995, n°48. Sentència del jutjat social de Madrid n°33, (1712), AL,1994, n°44. En aquesta resolució es considera que es pot diferenciar entre acomiadaments econòmics per crisi o cessació i aquells altres on l'empresa continua viva. Mentre que en els primers l'actuació dels poders públics es limita a constatar la liquidació empresarial. En canvi, en els segons hem de verificar si les mesures contribueixen a la superació de la situació econòmica negativa de l'empresa. En definitiva, cal verificar si la mesura contribueix a garantir la seua viabilitat futura com a microcosmos econòmic generador d'ocupació. Per tant, només es podrà dir que la situació econòmica negativa de l'empresa és suficientment greu per a justificar l'acomiadament, quan la no adopció de l'acomiadament posa en perill la supervivència de l'empresa. En un mateix sentit: Sentència del jutjat social de Madrid, 28 de setembre de 1994, (1819), AL,1994, n°47: la voluntat del legislador no és autoritzar sense més qualsevol extinció del contracte de treball, siga individual o col·lectiva, simplement perquè la situació econòmica de l'empresa siga negativa, a més cal que la mesura

És més, és prou dubtós que una simple reducció de personal constitueix a salvaguardar l'estabilitat i futur del projecte empresarial, perquè la continuïtat de l'empresa no dependrà només d'una reducció de mà d'obra, sinó més aviat d'un pla a llarg termini. És més, és necessari posar en relació la mesura d'extinció amb la finalitat manifestada per la Llei i aquesta estableix una relació de causa i efecte. Així doncs, mentre aquesta relació de causalitat continue existint s'ha de valorar si la mesura adoptada per l'empresa segueix la finalitat legal, que no és altra que "superar la situació econòmica negativa" amb l'objectiu de garantir la viabilitat futura de l'empresa.

Així doncs, no només s'ha d'acreditar el risc de subsistència de l'empresa i la relació de causalitat entre el risc i el manteniment o l'acomiadament, a més cal acreditar la incidència que la mesura tindrà sobre els nivells d'ocupació a l'empresa¹²⁵. La contribució de l'acomiadament en la superació de la crisi deuria tenir en compte la dimensió de l'empresa, de la plantilla, així com l'entitat del dèficit econòmic de l'empresa¹²⁶.

En definitiva, malgrat que qualsevol acomiadament contribueix en abstracte a superar la situació econòmica negativa de l'empresa a través de la reducció de costos salarials i de seguretat social, en alguns supòsits l'acomiadament no podrà ser considerat com una mesura suficient¹²⁷. Segons aquestes darreres idees exposades fins aleshores, hauríem de considerar que l'acomiadament per causes empresarials és "última ratio".

4.1.2) EL CONTROL DE RAONABILITAT EN LES CAUSES TÈCNIQUES, ORGANITZATIVES O DE PRODUCCIÓ:

També en el cas dels acomiadaments per causes tècniques, organitzatives o de producció, el legislador condiona l'acomiadament a la consecució d'una finalitat. En relació amb l'element teleològic, la reforma de 1997 va introduir un matís important entre l'art 52.c ET i l'art 51 ET. Tanmateix, el canvi no va modificar la causalitat d'aquest tipus d'acomiadaments. Al menys, aquesta sembla ser la intenció del legislador, ja que en l'exposició de motius de la Llei 63/1997 diu textualment: "que els

adoptada contribueix a superar aquella situació. D'aquesta forma, es produeix un canvi qualitatiu en relació amb la normativa comunitària.

¹²⁵ STSJ de Cantàbria, 5 desembre de 1994, (1034), AL,1995, n°28 STSJ de Astúries, de 25 de maig de 1995, (1588), AL,1995, n°39.

¹²⁶ En aquest sentit, el Jutjat social de Móstoles n°1, sentència de 5 de març de 1995, (766), AL,1995, n°20. Considera que en relació amb l'apreciació de les perdudes econòmiques, com a causa justificativa de l'acomiadament, hem de tenir en compte, en funció d'un examen detallat de les circumstàncies concurrents en cada cas concret, l'entitat de les perdudes, el context empresarial en el qual es produeixen i cal valorar la possibilitat de superar l'esmentada situació, així com la contribució de la mesura a aquella finalitat. En un mateix sentit: Sentència del jutjat social de Móstoles n°1, 15 de març de 1995, (766), AL, 1995, n°20.

¹²⁷ Jutjat social n°20 de Madrid, sentència de 19 de desembre de 1994, (687), AL,1995, n°18. L'acomiadament és declarat improcedent, perquè l'empresa no explicà com l'acomiadament d'una oficial administrativa pot ajudar a solucionar la greu crisi de l'empresa. És cert que la falta de pagament del seu salari redueix despeses i disminueix les perdudes. Però no resulta raonable entendre que l'estalvi de 2.918.160 pts, sense acreditar cap altra mesura permet a l'empresa superar la situació econòmica negativa. STSJ País Basc, 4 abril de 1995, (1423), AL, 1995, n°35. L'òrgan judicial declara improcedents els acomiadaments, perquè considera que no és suficient tenir en compte només una cosa que resulta obvia: que amb la mesura disminueixen els costos salarials i de seguretat social de l'empresa.

principis de causalitat de l'acomiadament i del control judicial imposats pel vigent ordenament jurídic es mantenen”.

D'acord amb aquestes idees, els acomiadaments per causes empresarials continuen sent una institució única¹²⁸. Aquestes decisions es continuen fonamentant en les mateixes causes¹²⁹. No obstant això, encara que no existeix dubte que després de la reforma les causes continuen sent les mateixes, també és cert que la reforma ha introduït una divergència entre allò que hem d'entendre per causes tècniques, d'organització o de producció, segons estiguem en presència d'un acomiadament col·lectiu o d'un acomiadament individual. Amb la reforma de 1997, els elements de referència bàsics de les causes i de la definició legal és la mateixa. La variació només afecta la intensitat exigida per a cada causa¹³⁰.

Així i tot, alguns autors¹³¹ mantenen que les apreciacions relatives a la identitat causal dels supòsits previstos en els art 51 i 52.c ET ha de qüestionar-se. La recent reforma ha marcat una diferenciació afegida a la quantitativa i a la temporal que és de caràcter causal. Entre les dues institucions ja no es pot dir, sense matisacions, que siguin una institució única

Al marge d'aquests debats, allò vertaderament rellevant de la reforma del 1997 sobre els acomiadaments per causes empresarials, va ser consistir en el canvi introduït en les finalitats buscades a través de l'art 52.c ET. Segons la redacció de l'art 52.c ET, l'acomiadament ha de contribuir a la superació de les dificultats que impedeixen un bon funcionament de la empresa, per la seua posició competitiva en el mercat o per exigències de la demanda, a través d'una millor organització dels recursos. L'objectiu és

¹²⁸ CASAS BAAMONDE, M^o. E, “Causalidad del despido colectivo, autorización administrativa y negociación colectiva”, op.cit., pàg. 44. BLANCO MARTÍN, J.M, “El despido objetivo: una aclaración confusa”, en D.A FERNANDO VALDÉS DAL-RÉ. “La reforma pactada de las legislaciones laboral y de Seguridad Social”, op.cit, pàg. 187. No és admissible des del postulat de la igualtat, tenir dos règims jurídics dels acomiadaments per causes econòmiques, tècniques, d'organització o de producció, i que es diferencien en el procediment i en la justificació de les causes. MARTÍNEZ EMPERADOR, R, “El despido por causas económicas, técnicas o de producción: criterios jurisprudenciales”, op.cit., pàg. 210. RIVERO LAMAS, J, DE VAL TENA, A.L, “Los despidos por causas económicas: aspectos procedimentales, y procesales”, AL, 1997, n^o26, pàg. 596-597: Malgrat la regulació separada dels acomiadaments econòmics, aquests són un gènere d'extinció que té una configuració unitària a partir de la seua tipificació causal. La diferència es fonamenta en elements quantitativus. ODRIOZOLA LANDERAS, A, “Causa económicas del despido a la luz de la jurisprudencia”, op.cit. pàg. 403: existeix un procediment distint fonamentat en les mateixes causes en atenció dels treballadors afectats. VIZCAÍNO CASAS, F, “Los despidos colectivos. Posición jurisprudencial sobre los requisitos que los determinan”, op.cit., pàg. 643: La modificació de l'art 52.c ET no ha d'interferir en les causes objectives de l'acomiadament que es mantenen en l'art 51 ET. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J, MARTÍNEZ BARROSO, M^o.R, RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S, “El Derecho del Trabajo tras las ultimas reformas “flexibilizadoras” de la relación laboral”, op.cit., pàg. 417: El règim jurídic dels acomiadaments per causes econòmiques, tècniques, d'organització o de producció es “desdobra” en dues categories que comparteixen una causa comú.

¹²⁹ STSJ de València, 1 de juny de 2000, (J 2052), IL-2000. La Llei 63/1997 ha introduït en l'art 52.c una subtil modificació. Aquesta ha dotat aquest acomiadament d'un nivell important de flexibilitat. No obstant això, no ha eliminat la causalitat, en tot cas l'ha feta més confusa.

¹³⁰ CRUZ VILLALÓN, J, “Las reformas de 1997 y 1998 en materia de despido directo por causas económicas y empresariales”, en D.A, “La reforma del marco normativo del mercado de trabajo”, op.cit, pàg. 347

¹³¹ MONEREO PÉREZ, J.L, FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A “ El despido colectivo en el derecho español”, op. cit., pàg. 61. NICOLÁS BEMAD, J.A, “La causa económica como factor de reajuste de los recursos humanos de la empresa: reflexiones sobre el control de su objetividad “, op.cit., pàg. 539.

facilitar l'adaptació de les empreses als canvis que es produeixen en el mercat i que poden fer perillar la continuïtat de les empreses, si no adopten mesures destinades a millorar la seua posició competitiva en el mercat.

En canvi, en el cas de l'art 51 ET, l'adopció de les mesures han de contribuir a garantir la viabilitat futura de l'empresa i de l'ocupació a través d'una més adequada organització dels recursos¹³². A través d'aquestes mesures es tracta de garantir la viabilitat i continuïtat del projecte empresarial i alhora el principi d'estabilitat en l'ocupació dels treballadors. La finalitat de la reestructuració és assegurar la supervivència de l'empresa i produir els menors costos socials amb l'objectiu de garantir l'ocupació present i futura de l'empresa.

A través de l'expedient fonamentat en aquestes causes es vol evitar que en un futur es pugui generar una situació més traumàtica amb uns costos socials majors. Com raona algun òrgan judicial¹³³, el sacrifici que assumeixen determinats treballadors, quan perden els seus llocs de treball per causes no imputables a ells, troba una justificació objectiva en la supervivència futura de l'empresa i de la resta de llocs de treball.

Així doncs, mentre que en els acomiadaments col·lectius, continuem exigint una crisi a curt o llarg termini que pretenem prevenir amb l'acomiadament, amb l'objectiu d'assegurar d'aquesta forma el projecte empresarial. En el supòsit de l'art 52.c ET ens movem en un pla més ambigu: en el pla de l'eficiència econòmica i la competitivitat de les empreses en el mercat, unes idees que alhora podrien incloure situacions molt diferents. Així doncs, en el supòsit de l'art 52.c ET ja no cal aquell punt de partida de dificultats¹³⁴. Allò que busquem és una utilització més òptima dels recursos de l'empresa. Això sí, l'acomiadament continua sent una mesura extraordinària¹³⁵.

Tanmateix, l'expedient fonamentat en aquestes causes no busca només millorar l'eficiència de l'empresa i superar les dificultats existents que amenacen la seua viabilitat. També vol protegir el dret a l'estabilitat en l'ocupació dels treballadors. Efectivament, l'eficiència de l'organització empresarial està matisat, perquè el legislador vincula aquest objectiu a una altra finalitat: assegurar els nivells d'ocupació

¹³² Aquesta redacció va ser fruit de l'esmena 314 introduïda pel grup parlamentari socialista al Senat que modificà el text aprovat al Congrés, una redacció que pel que fa a l'element teleològic es pronunciava en termes similar als previstos al cas de l'art 40.1 i 41 ET. Butlletí Oficial de les Corts Generals, Senat, 15 d'abril de 1996.

¹³³ Sentència del jutjat social de Madrid nº33, 20 de setembre de 1994, (1712), AL, 1994, nº44.

¹³⁴ ALBIOL MONTESINOS, I, CAMPS RUIZ, LM, GOERLICH PESET, JM, "La reforma laboral de 1997", op.cit, pàg. 72. En ell es diu que no pot haver el mateix punt de partida per a justificar mesures que contribueixen a "garantir la viabilitat futura de l'empresa o de l'ocupació" (art 51) que per a "superar les dificultats que impedeixen el bon funcionament de l'empresa". RODRÍGEZ-PINERO, M, "El despido por motivos objetivos atinentes a la empresa", RL, 1998-I, pàg. 87: La reforma ha introduït un nou cànon hermenèutic per a l'apreciació de l'acomiadament objectiu que deixa fora les situació de crisi d'empresa o de perill de la seua viabilitat, i es refereix a la millor organització dels seus recursos.

¹³⁵ Existeix en la reforma un desmesurat afany de fer més flexible l'acomiadament. Ara bé, el legislador també tingué en compte a l'hora de configurar les causes d'extinció del contracte de treball de l'art 51 i 52.c que aquestes actuen com l'última mesura de caràcter laboral que l'empresari pot acudir. El recurs a aquestes mesures requereix que les possibles i menys traumàtiques decisions prèvies no hagen funcionat: Sentència del jutjat social nº2 de Gijón, 15 abril de 1997, (1079), AL, 1997, nº29. L'acomiadament per raons objectives ha de considerar-se una mesura extrema i traumàtica, lligada a una situació de crisi de l'empresa: STSJ de Navarra, 31 de juliol de 1997, (126), AL, 1998, nº4. en un mateix sentit: STSJ de Canàries, 16 de febrer de 2001, (J300), IL-2001. STSJ de Castella i Lleó, 14 de maig de 2001, (J1286), IL-2001.

de l'empresa. Dit en altres paraules, la major eficiència de l'empresa aconseguida a través dels canvis tecnològics, productius o d'organització no busca augmentar el lucre empresarial, allò que pretén és assegurar l'ocupació present i futura de l'empresa¹³⁶.

A través de la vinculació de l'eficiència de l'organització de l'empresa a l'objectiu d'assegurar l'ocupació, el legislador busca protegir l'ocupació existent i fomentar-ne la creació de nova, no destruir-ne l'existent. Es tracta de garantir els elements bàsics de competitivitat de l'empresa i fer possible que aquestes decisions, adoptades d'acord amb un procediment legal, es duguen a terme amb la finalitat de mantenir en el futur la supervivència de l'empresa. Per això mateix, no són possibles interpretacions amples en una matèria que per la seua naturalesa suposa la pèrdua de llocs de treballs¹³⁷.

Per altra banda, la redacció de l'art 52.c i de l'art 51 ET en relació amb la causa tècnica, organitzativa o de producció, posa en relleu la intenció del legislador de desvincular aquestes causes de la causa econòmica. L'element teleològic d'aquestes causes les situa en un pla diferent al de la causa econòmica, perquè en aquest supòsit ens movem en el pla de l'eficiència de l'organització de l'empresa i en el pla de la competitivitat¹³⁸. Tant en l'art 52.c com en el cas de l'art 51 ET, ja no és necessari un

¹³⁶ Com diu la STSJ d'Andalusia, 9 abril de 1999, (1433), AL, 1999, n°35: Des d'una lògica que tinga en compte només la competitivitat i el benefici empresarial, qualsevol procés de robotització, automatització o de racionalització dels mitjans de producció contribueix genèricament i abstractament a la viabilitat empresarial, perquè qualsevol mesura que tinga com a finalitat un major benefici empresarial comporta per definició una major viabilitat; superior viabilitat que alhora comporta un major benefici empresarial, així en una espiral sense límits. No obstant, si els Tribunals ponderen només el fet de fer més òptim els recursos, intocable resultaria la lògica empresarial i procedents els acomiadaments. No obstant això, no podem suposar que el legislador volgué desvincular el procés de fer-los més òptims d'un factor de viabilitat, més concret, limitat i d'un abast més tangible.

¹³⁷ STSJ País Basc, 4 abril 1995, (1423), AL, n°35, 1995.

¹³⁸ Sentència del jutjat social n°3 de Lleó, 17 de novembre de 1994, (69), AL, 1995, n°2. L'acomiadament per causes tecnològiques és declarat procedent per considerar que els avanços tecnològics no poden ser obviats per les empreses, ja que aquestes estan exposades a la competència del sector i això les obliga a estar al dia. Si no ho feren es farien inviables. ERO 9/03, SIDMED, SA: l'empresa justifica la intenció d'acomiadar 180 treballadors al·legant que necessita adaptar els recursos humans a la nova situació que pateix l'empresa, ja que aquesta ha patit una disminució de la seua producció a causa de la situació del mercat. El mercat ha posat en relleu, als darrers anys, un estancament del seu producte, de tal forma que els nivells d'utilització d'aquestes instal·lacions estan per sota d'allò que les faria econòmicament viables. A més, de no dur a terme aquestes mesures els costos de producció se situaran per damunt de la competència o desplaçarien l'empresa del mercat. L'actual situació del sector siderúrgic posa en relleu la necessitat de posar en marxa diferents plans d'actuació, amb l'objectiu de reduir costos a efectes de fabricar productes més competitius. ERO 1/02, PUZOL INDUSTRIA, SA. Extinció de 22 contractes de treball per causes econòmiques i d'organització. Aquest expedient fou autoritzat per la direcció de Treball per considerar que l'empresa actua en un mercat molt competitiu. El seu producte és madur, però la seua demanda està sotmesa a les següents variables: el mercat de la reposició amb una forta caiguda als darrers anys i la construcció nova sotmesa a una forta competència generada per la presència de multinacionals amb una capacitat financera i tecnològica superior. Per tal de superar aquella situació, l'empresa pretén dur a terme un procés d'automatització i modernitzar alguns dels processos de producció i això produirà una acusada diferència entre els recursos humans actuals, caracteritzats per una alta edat mitjana i una baixa capacitat tecnològica, i la capacitat productiva. És per això que es pretén una eixida no traumàtica de 22 treballadors que compliran 58 anys durant al 2002. Finalment, La Direcció General autoritza les extincions, perquè considera acreditada la causa i considera que la mesura ajudarà a superar la dolenta situació econòmica, i a més forma part d'un projecte global de viabilitat. ERO 4/04, FOSFORERA, SWEDISH MATCH, IBERIA S.A: Extinció de 36 contractes de treball, per causes econòmiques i d'organització. Com exposa l'empresa en la seua memòria explicativa, als darrers anys hem patit un important canvi al sector. El sector a nivell europeu presenta els problemes

context de dificultats econòmiques que posen en perill la continuïtat de l'activitat de l'empresa i l'ocupació present o futura d'aquesta¹³⁹, perquè les exigències són de menor rigor¹⁴⁰.

Com diu un autor¹⁴¹, ja no cal que es duguen a terme aquells processos de reconversió. Ara es pot acreditar l'oportunitat de la reducció de personal des de la mateixa racionalitat del sistema productiu, dels caràcters que presenta en cada circumstància els mercats¹⁴², o en definitiva de l'aprofitament i organització dels recursos disponibles¹⁴³. No obstant això, si cal provar l'existència d'un context de dificultats i raonar que amb la mesura es contribuirà a garantir la viabilitat i l'ocupació de l'empresa¹⁴⁴. Cal raonar la relació de necessitat entre l'acomiadament i les dificultats de caràcter tècnic o d'organització, i més concretament, si la situació de l'empresa aconsella, tenint en compte les finalitats de l'art 51, l'acomiadament.

propis de la desacceleració econòmica. La demanda dels llumins ha disminuït per la introducció a la dècada dels setanta dels encenedors. A més, l'empresa ha de competir amb empreses dels antics països comunistes que han estat convertides en empreses privades no fa massa. Per tant, han millorat les vendes perquè fabriquen productes d'elevada qualitat a menor cost. A més, la factoria de València, pateix un problema afegit: el climatològic, patim uns baixos nivells d'humitat relativa que han incidit negativament sobre el producte. Conseqüentment, existeix un excés de producció en relació amb els mercats. El període de consultes finalitzà amb acord. Les parts consideren necessària la mesura per tal de garantir el projecte empresarial. Consideren a més que cal ajustar els recursos humans a la producció i a la nova organització generada pel nou marc de competència.

¹³⁹ Això implica, com han destacat alguns autors que per tal d'acudir a aquestes causes no cal que existesquen perdudes: QUINTANA PELLICER, J, "El despido objetivo. Algunos criterios judiciales después de la reforma de 1997", op.cit, pàg. 335. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, JJ, "Reflexiones sobre los despidos por causas empresariales", TL, 2000, n°55, pàg. 16.

¹⁴⁰ En algunes ocasions es diu que no cal la prova directa sobre la viabilitat futura. Actualment és suficient amb una prudent valoració sobre les mesures d'organització o de reestructuració. Només hem de valorar si poden contribuir a millorar la competitivitat empresarial a través de la innovació introduïda: STSJ de Galícia, 5 de novembre de 1998 (331), AL, 1999, n°8. STSJ de València, 1 de juny del 2000, (J 2052), IL-2000. TSJ Cantàbria, 5 d'octubre del 2000, (J 2507), IL-2000. TSJ Catalunya, 14 de febrer del 2000, (J 457), IL-2000, TSJ de la Rioja, 11 de abril del 2000, (J 886), IL-2000.

¹⁴¹ PRADOS DE REYES, F, "Despidos colectivos", D.A, "La reforma Laboral de 1994", op.cit., pàg. 229.

¹⁴² ERO 1/08, ARTE Y PORCELANAS, SA: Les circumstàncies que al-lega l'empresa en la memòria explicativa són les següents: les seues vendes han esta afectades pel retrocés de l'economia mundial. A més, la incertesa de la guerra d' Iraq, que pesa sobre el mercat borsari, amenaça amb una pujada del cru de petroli, la qual cosa crearia una nova recessió. En la mateixa memòria l'empresa al-lega que la situació del sector de ceràmica artística és molt preocupant, perquè la facturació dels productes han baixat un 20%, s'han reduït les empreses un 15%, i les seues plantilles s'han reduït un 21%.

¹⁴³ TSJ de Catalunya, 30 de novembre de 1995, (1056), AL, 1995, n°26. STS de Castella la Manxa, 13 de juliol de 1995, (136), AL, 1995, n°3. STSJ Galícia, 12 de desembre de 1995, (598), AL, 1995, n°14. STSJ Catalunya, 6 octubre 1995, (712), AL, 1995, n°17. En altres, es deia que la disminució de costos justifica l'adopció de l'acomiadament per les perdudes de l'empresa: STSJ del País Basc, 10 d'Octubre de 1995, (374) AL, 1995, n°8. Jutjat social n°33 de Madrid, 11 octubre de 1995, (491), AL, 1995, n°11. En altres, es deia que l'acomiadament no era "l'última Ratio": STSJ del País Basc, 29 de maig de 1996, (1645), AL, 1996, n°42. STSJ Galícia, 30 de juliol, 1996, (1869), AL, 1996, n°48. STSJ Cantàbria, 2 de maig de 1996, (1513), AL, 1996, n°39. STSJ Castella i Lleó, 8 abril 1996, AL, 1996, n°34.

¹⁴⁴ STSJ Cantàbria, 5 de desembre de 1994, (1034), AL, 1995, n°28. Sentència del jutjat social de Madrid n°31, 28 de setembre de 1994, (1819), AL, 1994, n°47: La voluntat del legislador no és autoritzar una extinció, siga individual o col·lectiva, simplement per existir una alteració tècnica o d'organització, a més cal que la mesura ajude a garantir la viabilitat de l'empresa. En un mateix sentit: Sentència del jutjat social de Madrid n°34, 26 d'octubre de 1994, (1879), AL, 1995, n°48. STSJ Catalunya, 9 de desembre de 1995, Ar 4900, STSJ Catalunya de 20 de gener 1996, Ar 172.

A diferència del que ocorre amb la causa econòmica, aquestes tenen un caràcter preventiu. No és necessari que l'empresa passe per una situació econòmica negativa, actual i real, és suficient amb un fonamentat pronòstic que pose en relleu que aquella situació es pot produir en un futur si no adopten aquestes mesures. Podem dir que aquests tipus d'acomiadaments es realitzen amb un caràcter preventiu per tal d'evitar una crisi futura de l'empresa. Allò que busquem és una millor eficiència de l'organització de l'empresa a través d'innovacions tècniques o científiques en el procés productiu, o modificant la capacitat productiva racionalitzant el treball dins l'organització productiva. Tanmateix, això no significa que qualsevol reorganització dels recursos justifique l'extinció.

En qualsevol cas, malgrat l'evident flexibilització de l'element teleològic en els acomiadaments per causes empresarials (art 51 i 52.c ET), la connexió entre la finalitat i l'acomiadament és més directa que en altres mesures, perquè en aquest cas la mesura d'extinció ha d'anar dirigida a *superar* els problemes. Per altra part, el caràcter extraordinari de l'acomiadament implica que no és suficient al·legar la concurrència de la causa relacionada amb el funcionament de l'empresa per a entendre justificat l'acomiadament. A més, el desequilibri ha de tenir una entitat suficient per tal de justificar les extincions, perquè l'acomiadament ha de configurar-se com una mesura raonable i proporcionada¹⁴⁵.

És precisament l'element teològic el que diferencia l'acomiadament d'altres mesures. L'ET dona un tractament restringit a les causes de l'acomiadament en comparació amb altres supòsits. En el supòsit de les modificacions es pretén millorar una situació òptima i aconseguir una major eficiència de l'organització amb l'objectiu de produir alhora, uns millors resultats econòmics. La mesura simplement ha de "millorar" la situació empresarial. En canvi, en el cas dels acomiadaments es parteix d'unes dificultats prèvies de caràcter tècnic, productiu o d'organització que posen en perill la continuïtat de l'empresa. No es tracta de millorar, allò que es persegueix es contribuir a assegurar la viabilitat i l'ocupació de l'empresa.

Segons aquests plantejaments, només estarà justificat l'acomiadament quan perseguim aquella finalitat. En canvi, no estaran justificats quan es fonamenten en una simple conveniència empresarial¹⁴⁶. Dit d'altra forma, La mobilitat geogràfica i la

¹⁴⁵ En aquest sentit, alguns tribunals consideren que una simple reorganització no és una justa causa d'acomiadament, si no va acompanyada d'una crisi de l'empresa i amb l'acomiadament es tracte de garantir la viabilitat futura de l'empresa: STSJ de Navarra, 31 de juliol de 1997 (126), AL, 1998, n°4, STSJ d'Extremadura, 19 de juliol 1998 (1623), AL, 1998, n°39.

¹⁴⁶ Sentència del jutjat social de Madrid n°34, 26 d'octubre de 1994, (1879), AL, 1995, n°48. Sentència del jutjat social de Madrid n°31, 28 de setembre de 1994, (1819), AL, 1994, n°47. Jutjat social de Móstoles n°1, 15 de Març de 1995. (766), AL, 1995, n°20. No cal que la supervivència de l'empresa estiga amenaçada a efectes de justificar l'extinció. No obstant això, només és possible apreciar la concurrència de la causa en el cas dels acomiadaments, quan més enllà de consideracions de caràcter econòmic, la mesura estiga orientada a assegurar la viabilitat futura de l'empresa i l'ocupació dels treballadors no afectats per l'acomiadament. Més curiós és el raonament en la STSJ de Castella i Lleó, 8 de Març de 1999, (742), AL, 1999, n°18. En aquest cas el Tribunal estima que malgrat que tota supressió d'un lloc de treball produeix un estalvi, no podem oblidar que l'esforç productiu i la mateixa prestació de treball produeix un guany. Per tant, les empreses a l'hora d'avaluar els costos humans han d'establir el necessari equilibri entre el cost i el guany per tal de determinar si existeix un lògic benefici empresarial, és a dir, la diferència entre el que costa un lloc de treball amb el rendiment que aconsegueix el treballador en la seua prestació laboral. En contra: sentència del jutjat social de Madrid n°33, 20 de setembre de 1994, (1712), AL, 1994, n°44: L'òrgan judicial reconeix que existeix una necessitat d'ajustar la plantilla a

modificació de les condicions de treball són instruments que l'ordenament concedeix a l'empresari per tal que els utilitzi en el marc d'una política activa d'afavoriment de la competitivitat o d'adequació a les exigències de la demanda a efectes d'aconseguir una gestió més flexible dels recursos humans en l'empresa. En canvi, l'acomiadament és una mesura de caràcter extraordinari i excepcional¹⁴⁷.

A diferència d'allò que ocorre en el cas de l'art 51, allò que exigim a les mesures contemplades en l'art 40 i 41 és que a través d'elles situem l'empresa en un grau o en un lloc millor respecte el que tenia. A més, en aquests supòsits l'activitat probatòria és de mínims, mentre que en el cas de l'art 51 és necessari un plus de justificació¹⁴⁸.

La conceptualització de la causa tècnica, d'organització o de producció feta en aquests termes implica que cal una problemàtica real, actual i suficient que genere el declivi o una degradació de la posició competitiva empresarial. Però aquesta degradació no necessàriament ha d'anar acompanyada d'una crisi econòmica¹⁴⁹. La inviabilitat de l'empresa ja no està associada a una situació patològica i terminal, caracteritzada per l'existència de dificultats d'índole econòmic, que posen en perill la continuïtat de l'empresa.

En definitiva, l'empresa no està facultada per a dur a terme qualsevol reestructuració de l'organització que sembla més racional. Aquesta mesura només està facultada per tal de prevenir una situació crítica. En oberta oposició a aquests plantejaments, en algunes resolucions judicials es defenia que calia una crisi previsible, perquè no era possible acudir a aquests acomiadaments quan l'empresa tenia uns resultats econòmics positius¹⁵⁰.

la producció que assumeix el mercat i alhora estima que aquestes causes, per tal de justificar-les, no és necessari que vagin acompanyades d'altres mesures.

¹⁴⁷ Sentència del jutjat social de Madrid nº31, 28 de setembre, (1819), AL, 1994, nº47: autoritza els acomiadaments, perquè els greus problemes productius i l'excés de plantilla impedeixen a l'empresa adequar-se a les exigències del mercat i bloqueja la seua competitivitat. Aquesta situació posa en perill la continuïtat del projecte empresarial. Sentència del jutjat social de Gijón nº2, 11 d'octubre de 1994 (1713), AL, 1994, nº44: les causes previstes en l'art 51 i 52.c ET operen com última mesura de caràcter laboral que l'empresari pot acudir per tal de garantir el funcionament futur de l'empresa. Aquestes mesures estan subordinades a situacions on les mesures menys traumàtiques han fracassat. Sentència del jutjat social d'Oviedo nº1, 10 febrer de 1995, (530), AL, 1995, nº14: La modificació de la norma té com a objecte conservar i promoure la creació d'ocupació. L'empresa podia, abans d'acomiar el treballador proposar el seu trasllat. És per això que l'acomiadament és declarat improcedent.

¹⁴⁸ Sentència del jutjat social de Madrid nº34, 26 d'octubre de 1994, (1879), AL, 1995, nº48.

¹⁴⁹ Sentència del jutjat social de Madrid nº33, 20 de setembre de 1994, (172), AL, 1994, nº44. Sentència del jutjat social de Móstoles nº1, 15 de març de 1995, (766), AL, 1995, nº20. STSJ Castella la Manxa, 17 d'octubre de 1995, Ar 4034, STSJ Catalunya, 2 octubre de 1995, Ar 3946, Catalunya, 3 octubre de 1995, Ar 3950, STSJ Andalusia, 2 octubre de 1995, Ar 3838, 15 de desembre de 1995, Ar 4658, 19 de gener de 1996, Ar 72, 30 octubre de 1995, Ar 3855, STSJ Castella i Lleó, 17 de gener de 1995, Ar 87, 17 de febrer de 1996, Ar 361. Sentència del jutjat social de Madrid nº11, 3 de febrer de 1995, (729), AL, 1995, nº19.

¹⁵⁰ Quan no existia un desequilibri econòmic, l'acomiadament era considerat una mesura de conveniència empresarial: Sentència del jutjat social de Madrid, nº34, 26 d'octubre de 1994, (1879), AL, 1995, nº48. Sentència del jutjat de Gijón nº2, 11 octubre de 1994 (1713), AL, 1994, nº44: Pel que fa a les causes d'organització al·legades no mereixen una favorable acollida, ja que el servei de manteniment i reparació de l'empresa, al qual aquell estava adscrit tingué resultats positius durant l'any 1994. SSTSJ Extremadura, 17 de maig de 1995, Ar 1815, 18 de desembre de 1995, Ar 4718, SSTSJ Galícia, 15 de novembre de 1995, Ar 4170, 12 desembre de 1995, Ar 4584, SSTSJ Catalunya, de 19 octubre de 1995, Ar 4007, 17 de novembre de 1995, Ar 4464, STSJ Comunitat Valenciana, 30 desembre de 1995, Ar 4545, STSJ Navarra, 29 desembre de 1995, Ar 4683. En la STSJ de Navarra de 15 d'octubre de 1998, (216), AL, 1999, nº5, es considera procedent l'acomiadament, perquè aquest va precedir d'una situació de

En qualsevol cas, allò que és innegable és que el legislador ha fet més flexible l'element teleològic, principalment en el cas de l'art 52.c ET. En precisar la finalitat de l'art 52.c ET, segons les distintes causes, el legislador les va allunyar de les definicions de l'art 51 ET i les va aproximar a les definicions de l'art 40 i 41 ET. Amb aquest canvi, el legislador està posant en relleu la voluntat d'exigir un menor rigor causal i de donar una major flexibilitat als acomiadaments de l'art 52.c ET

III. ELS ACOMIADAMENT COL·LECTIUS:

1. EL CONCEPTE LEGAL DELS ACOMIADAMENTS COL·LECTIUS SEGONS LA REGULACIÓ COMUNITÀRIA I EL NOSTRE ORDENAMENT JURÍDIC.

El règim jurídic dels acomiadaments col·lectius és el producte de la reforma laboral introduïda per la Llei 11/1994, la reforma de 1997 i de la transposició en el nostre ordenament intern de les Directiva 75/129 i la 92/56, que van ser codificades posteriorment en la Directiva 98/59. Aquests canvis han fet possible un concepte d'acomiadament col·lectiu delimitat a través de criteris causals, quantitius i temporals. Malgrat que existeixen altres diferències, és principalment l'element quantitiu, és a dir, la superació del límits legals, l'element més significatiu a l'hora de delimitar el supòsit previst en l'art 51 ET del previst en l'art 52.c ET. Però, com veurem seguidament, més que un únic límit, el legislador en preveu diferents a l'hora de configurar el concepte d'acomiadament col·lectiu.

Efectivament, quan l'acomiadament no afecta tota l'empresa, cal que aquesta compte amb 11 treballadors i si l'acomiadament afecta tota la plantilla, l'empresa haurà de tenir 6 treballadors¹⁵¹. A més d'aquestes situacions que ja exclouen algun supòsit, altres¹⁵² apunten que alguns supòsits d'extinció queden fora de l'àmbit d'aplicació de l'art 51 ET. Hipòtesis d'extinció entre 1 i 9 treballadors, en empreses de menys de cent treballadors, entre 9 i 29 en empreses entre 100 i 300 treballadors i inferiors a 30, en empreses que ocupen 300 treballadors com a mínim, queden fora de l'àmbit d'aplicació

perdudes. Així doncs, es diu: l'empresa acredita una situació de perdudes i això obliga a adoptar una sèrie de mesures, entre elles, l'acomiadament. En aquest context una mesura rendible significa: la subcontractació del cost de transport dels seus productes.

¹⁵¹ Algun Conveni Col·lectiu oblida que l'empresa ha de tenir una dimensió mínima per procedir a un acomiadament col·lectiu: CC per a les Fusteries, Astúries, BOPA, 17 abril del 2004. Art 22.i. Aquest precepte preveu que a les *empreses de menys de 6 treballadors*, quan existisca una situació de conflicte col·lectiu o *expedient de regulació d'ocupació*, l'empresa concedirà permís retribuït per a consultes i gestions a un treballador triat per la resta.

¹⁵² GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E, "La configuración del despido colectivo en el ET", op.cit, pàg. 369. En un mateix sentit: STSJ de Castella, 24 abril de 1997. Ar 1640: El Tribunal apunta que de la lectura de l'art 51 ET cap extreure dues conclusions: En primer lloc, cal una dimensió mínima de l'empresa quan es tracta de tramitar un acomiadament col·lectiu parcial. Evidentment, serà aplicable l'art 51 en els supòsits d'empreses que compten amb 11 treballadors,. Si volguérem l'extinció total de la plantilla seria necessari una dimensió mínima de l'empresa de 6 assalariats. La segona conclusió significa que cal uns límits mínims d'afectació dels acomiadaments col·lectius.

de l'art 51. En qualsevol cas, segons l'art 51 ET, estem davant un acomiadament col·lectiu en els següents supòsits: quan es produeix el tancament de l'empresa o quan l'acomiadament supere els llindars legals.

El primer supòsit d'acomiadament col·lectiu es produeix, quan per causes econòmiques, tècniques, d'organització o de producció es produeix el cessament total de l'activitat empresarial i extingim conseqüentment tots els contractes de treball. Això sí, la mesura ha d'afectar a més de cinc treballadors¹⁵³. Això implica que la cessació total de l'activitat empresarial per les esmentades causes en empreses de cinc o menys treballadors, queden excloses de l'aplicació de l'art 51 ET¹⁵⁴. En tot cas, aquests acomiadaments s'hauran de tramitar per la via de l'art 52.c ET i no a través del procediment previst en l'art 51 ET.

Seguint amb aquests plantejaments, existeixen pronunciaments judicials que consideren que l'art 52.c ET és una via idònia a efectes d'extingir els contractes de treball quan impliquen el tancament de l'empresa¹⁵⁵. Segons diuen, aquesta és la solució

¹⁵³ Sentència del jutjat social nº19 de Barcelona, 28 de novembre de 1994, (172), AL, 1995, nº5: L'empresa demandada es dedicava a l'explotació d'un Hotel i una sala de Bingo. Per causes econòmiques l'empresa tancar l'esmentada sala i va acomiadar els 11 treballadors emparant-se en l'art 52.c ET. Cinc treballadors no acceptaren la decisió per entendre que la via de l'art 52.c ET no era adequada per tal d'extingir els seus contractes, perquè consideren que estem davant un acomiadament col·lectiu. L'empresa entén, en canvi, que el número d'acomiadaments afectats és inferior a l'establert en l'art 51 ET, ja que dona ocupació a un total de 145 treballadors. El tribunal entén, que amb independència de les formes de les societats que utilitzi l'empresari, el Dret Laboral, sempre haurà de tenir en compte la realitat econòmica que està subjacent, segons els casos. En definitiva, l'empresa ha acudit a una via no adequada, perquè havia d'haver sol·licitat autorització administrativa. La causa que motiva l'acomiadament és la crisi econòmica i la seua conseqüència, una vegada autoritzat, és el tancament. Però el tancament, com l'ha efectuat l'empresa, no pot suplantar ni constituir-se en causa. Per això els acomiadaments són declarats nuls. En un mateix sentit: STSJ País Basc, 14 desembre de 1999, Ar 4491: com no han seguit el tràmit adequat, els acomiadaments han de considerar-se realitzats en frau de llei i les extincions han de ser declarades nul·les. STSJ del País Basc, 30 de març de 1999, Ar 2934.

¹⁵⁴ Aquestes sentències consideren que el tancament del centre de treball només es pot produir a través de l'art 51 ET: STS, 23 setembre 1997. STSJ Extremadura, 18 desembre 1995, Ar. 4719: Tenint en compte que els art 51 i 52.c ET, també busquen protegir l'ocupació, no pot ser causa vàlida d'extinció contractual el tancament de l'empresa que suposa la perduda total d'ocupació.

¹⁵⁵ Malgrat tot, podem trobar algunes sentències que consideren que és possible aplicar l'art 52.c ET quan l'acomiadament comporte la desaparició de tota la plantilla: STS, 14 de juny 1996, Ar 5162: Aquesta sentència assenyalava que el segon element de l'acomiadament per causes econòmiques, art 51 i 52.c ET, és l'amortització d'un o diferents llocs de treball. Aquesta mesura d'ocupació pot consistir en la reducció amb caràcter permanent del número de treballadors que formen la plantilla de l'empresa, o pot consistir en la supressió de la "totalitat" de la plantilla, bé per la clausura de l'explotació o bé per mantenir l'empresa, però sense treballadors assalariats. La connexió de funcionalitat entre la causa econòmica i el tancament de l'empresa consisteix en el fet que aquella atenua l'abast d'aquesta situació. L'empresa es considera inviable i per tal d'evitar la prolongació d'una situació de perdudes, adoptem la decisió d'acomiadar a tots els treballadors amb les indemnitzacions corresponents. Aquesta doctrina és reiterada per: STS, 8 de març de 1999, Ar 2117, STS, 25 de novembre 1999, Ar 8745: l'acomiadament per causes objectives és el procediment adequat per extingir els contractes de treball, quan es procedeix al tancament de l'empresa. Les extincions estaran justificades o no, en funció de la concurrència de la causa econòmica. STSJ Madrid, 18 setembre 1997, AL, 1997, nº45, STSJ Astúries, 4 de juliol 1997, Ar 2415, STSJ Andalusia, 21 de maig 1997, Ar 1918, STSJ Andalusia, 19 novembre 2002, Ar 5215, STSJ Catalunya, 20 octubre de 1997, AL, 1998, nº12, STSJ Madrid, 16 gener 1998, AL, 1998, nº19. Alguns autors consideren que el cessament total de l'empresa genera contradiccions internes en la regulació, ja que és difícil entendre com el cessament definitiu contribueix a superar una situació econòmica negativa o a garantir la viabilitat de l'ocupació. Per a aquests supòsits, la definició a través de les finalitats manca de sentit. Des d'aquesta perspectiva la cessació total de l'activitat es configura com una causa autònoma amb independència dels objectius perseguits amb l'expedient: MONEREO PÉREZ, J.L, FERNÁNDEZ

que imposa el tenor literal del precepte i la força de la lògica. Aquesta extinció per causes objectives, siga plural o col·lectiva, és l'únic mitjà viable en la legislació per finalitzar amb una explotació ruïnosa que no pot continuar en el mercat. A més, no existeix en l'ordenament jurídic altre precepte que tinga altra solució per a aquesta necessitat¹⁵⁶. Més dubtós és aquell supòsit, en el qual es produeix l'extinció de tots els contractes i la mesura afecta a més de sis treballadors, però l'empresa continua la seua activitat, perquè queda l'empresari com a treballador autònom i altres familiars que no mantenen una relació familiar amb l'empresa¹⁵⁷.

Per altra part, el segon supòsit d'acomiadament col·lectiu es produeix quan els acomiadaments superen els llindars legals. Estem davant un acomiadament col·lectiu i conseqüentment han de tramitar-se pel procediment de l'art 51 ET, quan per causes econòmiques, tècniques, d'organització o de producció i dins d'un període de noranta dies, l'acomiadament afecte al menys 10 treballadors, en empreses amb menys de cent treballadors, quan la mesura afecte el 10% dels treballadors, en empreses entre cent i tres-cents treballadors o quan afecte al menys trenta treballadors, en empreses amb més de tres-cents treballadors.

Els criteris utilitzats a l'hora de delimitar els acomiadaments col·lectius no coincideixen totalment amb els criteris comunitaris. L'art 51 ET estableix un sistema gradual d'extincions, o dit d'altra forma, preveu un número d'acomiadaments en relació amb el volum d'ocupació de l'empresa, però les extincions han de produir-se en un període més ampli que en el Dret Comunitari. Per altra part, en l'art 51 ET desapareix la referència als vint treballadors que ha de tenir l'empresa per tal de procedir a un acomiadament col·lectiu. A més, el legislador intern substitueix el centre de treball per l'empresa, com a àmbit d'afectació de la mesura. Podríem dir doncs, que el legislador respecta el disseny recollit en la norma comunitària i fa ús dels diferents criteris recollits en la Directiva 98/59 per tal de formular un concepte propi d'acomiadament col·lectiu.

Alguns autors¹⁵⁸ consideren que les diferències respecte a la regulació comunitària pretenen aconseguir que els llindars de l'acomiadament col·lectiu els assolim amb major facilitat. El legislador va tenir en consideració la menor dimensió de les empreses espanyoles i ha tractat d'evitar que uns llindars legals massa alts provoquen la desaparició de l'autorització administrativa i dels representants dels treballadors en els expedients de regulació d'ocupació.

Aquesta explicació sembla prou coherent, si penem que en el debat que es va produir en el CES, els consellers del Grup I (Sindicats) mostraren les seues reserves a la simple transposició al sistema espanyol del criteri quantitatiu de la Directiva de 1975, bàsicament, per la poca protecció que podia implicar en un sistema amb forta implicació

AVILÉS, J.A, "La reconfiguración causal del despido colectivo: algunas reflexiones críticas", en D.A, "Presente y futuro de la regulación del despido", op.cit, pàg. 165, PRADOS DE REYES, FJ, "Despidos colectivos", en D.A, "La reforma laboral de 1994", op.cit, pàg. 231-232.

¹⁵⁶ STS, 8 de març de 1999, Ar 2117.

¹⁵⁷ CRUZ VILLALÓN, J, "ET comentado", op.cit, pàg. 680: sembla que literalment el supòsit està exclòs, però una interpretació finalista del precepte podria donar lloc a una interpretació contrària.

¹⁵⁸ GOERLICH PESET, JM, "Los despidos colectivos", D.A, "Comentarios a las leyes laborales. La reforma del Estatuto de los Trabajadores", op.cit, pàg. 118.

de les petites i mitjanes empreses. La proposta del Grup d'experts del CES, apuntava igualment a la necessitat d'adequar el criteri quantitatiu a aquella realitat empresarial¹⁵⁹.

No obstant això, l'actual règim jurídic dels acomiadaments col·lectius, art 51 ET i RD 43/1996, en general, assumeix el concepte comunitari d'acomiadament col·lectiu. Com ocorre en el Dret Comunitari, tenen la naturalesa de col·lectius aquells acomiadaments en els quals concorre una causa determinada i que a més, afecten un número determinat de treballadors en un període temporal concret. A més a més, el nostre ordenament jurídic també contempla un període de consultes amb els representants dels treballadors similar al previst en la norma comunitària. Alhora, la regulació interna també és respectuosa amb l'obligació empresarial d'informar als representants dels treballadors. Tant és així, que l'empresari haurà de facilitar-los "la documentació necessària a efectes d'acreditar les causes que motiven l'expedient i la justificació de les mesures que pretén adoptar".

Tanmateix, en alguns extrems la regulació comunitària és més àmplia que la regulació interna. La fórmula causal prevista en el Dret Comunitari: "acomiadaments efectuats per l'empresari per un o diversos motius no inherents a la persona del treballador" presenta una major amplitud en els seus termes que la prevista en el nostre ordenament jurídic. L'esmentada definició permet incloure dins del contingut causal, no només les causes econòmiques, tècniques, d'organització o de producció, sinó també les extincions motivades en circumstàncies relacionades amb l'empresari, com la mort, la incapacitat, la jubilació, o les relacionades amb la força major. Però és més, el nostre ordenament jurídic preveu un procediment caracteritzat per la necessària autorització administrativa no previst en la Directiva, però que no necessàriament és incompatible amb la normativa comunitària.

En altres ocasions, és la regulació interna la que presenta major amplitud en els seus plantejaments. La nostra legislació no estableix excepcions a la seua aplicació. Recordem que la Directiva comunitària exclou del seu àmbit d'aplicació les extincions de contractes d'obra o per temps determinat i els acomiadaments de tripulants de bucs marítims. A més, pel que fa a l'àmbit d'afectació de la mesura, l'art 51 ET i la norma de desenvolupament fan menció a "l'empresa", a diferència del que ocorre amb la legislació comunitària que es refereix al "centre de treball". Sembla que la regulació interna sobre aquest extrem és més beneficiosa que la comunitària.

Així doncs, podem afirmar que malgrat els desajusts amb la normativa comunitària, la regulació interna, art 51 ET i RD43/1996, no és incompatible amb la normativa comunitària. És més, les darreres reformes que s'han produït sobre aquesta matèria han millorat el grau de compliment amb les Directives que regulen els acomiadaments col·lectius, malgrat que el legislador va mantenir peculiaritats substancials en l'àmbit de la disponibilitat que correspon els Estats membres.

Hi ha qui¹⁶⁰ explica les diferències entre la normativa interna i la comunitària afirmant que quan el legislador va modificar l'ET va incorporar el contingut de les normes comunitàries, però alhora va respectar les singularitats del nostre ordenament

¹⁵⁹ NIETO, F, SÁEZ LARA, C, "La flexibilidad en la nueva relación del trabajo", Premi Rafael Martínez Emperador. Madrid, CJPJ, 1998, pàg. 180

¹⁶⁰ CASAS BAAMONDE, M^a. E, "Causalidad del despido colectivo, autorización administrativa y negociación colectiva", op.cit, pàg. 53.

jurídic. Tant és així, que la causalitat, el número mínim de treballadors afectats, la unitat empresarial, el període temporal del còmput, entre altres elements, són qüestions que no estan o no coincideixen amb la concepció comunitària. En definitiva, malgrat les diferències existents en el règim jurídic dels acomiadaments col·lectius es pot dir que aquest compleix no només amb els resultats comunitaris, sinó que a més és respectuós amb l'esperit de les Directives comunitàries.

2. ELS CRITERIS LEGALS QUE DELIMITEN ELS ACOMIADAMENTS COL·LECTIUS:

2.1) EL VOLUM D'OCUPACIÓ A L'EMPRESA:

Tenint en compte el tenor de l'art 51 ET podem dir que són tres les variables que utilitza el legislador a l'hora de configurar el concepte d'acomiadament col·lectiu: l'element causal, el quantitatiu i el temporal. Una d'aquestes variables és el número de treballadors afectats per l'acomiadament. Per raons que resulten evidents, el criteri quantitatiu esdevé un element essencial a l'hora de delimitar el concepte d'acomiadament col·lectiu, perquè el legislador vincula el número d'acomiadaments computables a una altra variable: el volum d'ocupació existent en l'empresa.

Segons aquestes idees, l'art 51 ET ens obliga a fer dues operacions: en primer lloc, serà necessari establir una base de referència sobre la qual aplicarem els percentatges recollits en l'art 51 ET. Aquesta base farà referència als nivells d'ocupació existents en aquest àmbit empresarial. En segon lloc, serà necessari comptabilitzar els acomiadaments que s'han produït dins del període temporal. A diferència d'allò que ocorre en la Directiva 98/59, els nivells d'ocupació que hem de tenir en compte són els existents en l'empresa i no en el centre de treball.

Aquesta elecció no lesiona allò dit en l'esmentada norma comunitària, perquè la mateixa Directiva permet als Estats introduir una regulació més favorable per als treballadors¹⁶¹. En aquest sentit, hi ha qui estima que la menció establerta en l'ET podia ser conscient i considerar-se com una norma de millora dels mínims comunitaris¹⁶². El legislador ha triat l'empresa com a àmbit d'afectació dels acomiadaments de forma conscient, i això ens obliga a interpretar de forma estricta aquesta expressió. Per això mateix, el nivell d'ocupació rellevant, segons l'art 51 ET, no és l'existent en cada centre de treball, sinó els nivells d'ocupació existents en l'empresa en el seu conjunt.

Malgrat que l'ET sí que concreta l'àmbit d'afectació dels acomiadaments col·lectius, l'art 51 ET no especifica quin tipus de contractació és la pertinent a l'hora de determinar els nivells d'ocupació. No ocorre el mateix en el Dret Comunitari, perquè la Directiva fa referència a "l'ocupació habitual en el centre de treball"¹⁶³. Considere que

¹⁶¹ NAVARRO NIETO, F, SÀEZ LARA, C, "La flexibilidad en la nueva relación de trabajo", op.cit, pàg. 181. No podem parlar pròpiament de contradicció entre la nostra legislació i la comunitària. El TJCE adopta un criteri finalista a l'hora d'interpretar el concepte de centre de treball recollit en la legislació comunitària. Tanmateix, és admissible la traducció nacional del concepte comunitari si augmenta la protecció dels treballadors en els supòsits d'acomiadaments col·lectius, és a dir, si l'articulació nacional no té una intenció fraudulenta.

¹⁶² MARTÍNEZ EMPERADOR, R, "El despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción", op.cit, pàg. 35.

¹⁶³ BADIOLA SÁNCHEZ, AMº, "La nulidad de la extinción del contrato de trabajo", ed. Lex nova. 1ª edició, juliol, 2003, pàg. 460: Estima que el terme comunitari no exclou la possibilitat de computar els

la genèrica referència als termes “treballadors” i “empresa” permet incloure dins dels nivells d’ocupació els treballadors indefinits i els temporals, ja que es tracta de determinar el volum d’ocupació reals que existeix en el moment de produir-se els acomiadaments.

Tanmateix, dins de la doctrina s’ha discutit la conveniència de tenir en compte tots els tipus de contracte a l’hora de determinar els nivells d’ocupació existents en l’empresa. Alguns autors¹⁶⁴ apunten que cal tenir en compte tots els treballadors existents en l’empresa, independentment de la modalitat contractual. En aquest sentit, destaquen que és irrellevant el tipus de relació laboral o el tipus de modalitat contractual que vincula el treballador amb l’empresa quan es tracta de determinar el volum d’ocupació¹⁶⁵. Coherents amb aquests plantejaments, mantenen que el volum de treballadors ocupats fa referència als contractes vigents: els indefinits, els temporals, les relacions especials i els contractes a domicili¹⁶⁶.

A favor d’aquests plantejaments, es poden exposar alguns arguments: en primer lloc, la jurisprudència administrativa anterior s’havia inclinat decididament per entendre que havien de computar-se tots. Per tant, no existeix cap raó per alterar aquesta conclusió després de la reforma¹⁶⁷. En segon lloc, l’ET es refereix indistintament als treballadors de l’empresa. Per tant, està plantejant la determinació dels nivells d’ocupació en funció exclusivament de l’existència d’una relació laboral, amb independència que aquesta siga una relació laboral especial o comú o una relació per temps indefinit o per temps determinat. A més, si els treballadors temporals poden ser objecte d’un acomiadament col·lectiu, no sembla lògic excloure’ls del còmput¹⁶⁸.

En canvi, a l’hora de determinar els volums d’ocupació, altres autors han destacat les dificultats que es poden presentar en relació amb els contractes temporals¹⁶⁹. En aquest sentit, alguns autors apunten que l’expressió utilitzada fa referència al volum de la plantilla de treballadors indefinits i exclou les contractacions

treballadors temporals, perquè una cosa és que es pugui tenir en compte uns paràmetres de temporalitat i altra cosa és que en aquell marc operatiu de referència tinguem l’obligació d’excloure aquests treballadors.

¹⁶⁴ VALDÉS DAL-RÉ, F, “Los despidos por causas económicas”, en D.A, VALDÉS DAL-RÉ, F (Dir) “La reforma del mercado de trabajo”, Lex Nova, 1994, pàg. 406. NAVARRO NIETO, F, SÁEZ LARA, C, “La flexibilidad en la nueva relación de trabajo”, op.cit, pàg. 181. NAVARRO NIETO, F, “El despido colectivo”, op.cit, pàg. 102.

¹⁶⁵ MONEREO PÉREZ, J.L, FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A, “El despido colectivo en el derecho español”, op.cit, pàg. 35

¹⁶⁶ GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E, “la configuración del despido colectivo en el ET”, op.cit, pàg. 373

¹⁶⁷ GOERLICH PESET, J.M, “El despido colectivo”, en D.A, “La reforma del E.T”, op.cit, pàg. 122

¹⁶⁸ DESDENTADO BONETE, A, “Los despidos por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción”, en D.A, “Reforma de la Legislación Laboral”, Jornadas organizadas por la junta de Andalucía y el Ilmo. Colegio de Abogados de Málaga. op.cit, pàg. 184

¹⁶⁹ OJEDA AVILÉS, A, “La configuración del despido colectivo”, en D.A, GORELLI HERNÁNDEZ, J, “El despido. Análisis y aplicación práctica”, Madrid, ed. Tecnos, 2004, pàg. 495. Malgrat que la majoria de la doctrina estima que hem de tenir en compte tots els que treballen en l’empresa. Algun autor ha posat en relleu alguns dels problemes que poden sorgir a l’hora de tenir en compte els treballadors temporals. Des d’aquest punt de vista, i partint de la diversitat dels seus treballs que poden consistir en un pocs dies, aquest autor assenyala la conveniència d’aplicar analògicament allò establert per a les eleccions a representant de personal. És a dir, sumar els dies d’aquests contractes i dividir per 200 per determinar el número (virtual) de treballadors temporals a computar, encara que els fixos discontinus i els temporals de duració superior a un any es comptarien com una unitat, art 72 ET.

de duració determinada, perquè en la Directiva 75/129 la quantia de treballadors que determinen les magnituds de l'empresa a efectes de tipificar l'acomiadament col·lectiu, queden referides als treballadors "habituals"¹⁷⁰.

Aquest plantejament compta al seu favor amb alguna resolució judicial que es pronuncia en un sentit similar. Segons explica l'òrgan judicial¹⁷¹, "entre les diferents posicions que permet el silenci de la norma, aquesta Sala es decanta per aquella que descarta els treballadors temporals del còmput per les següents raons: perquè el mateix art 51. 1. quart paràgraf exclou els contractes temporals. Perquè la Directiva 75/129 precisa que el número de treballadors que tipifica l'acomiadament col·lectiu en una empresa es determina pels treballadors ocupats habitualment mitjançant l'establiment d'un paràmetre de mediació, referent a l'empresa, que es marca pel volum d'ocupació normal en aquesta i perquè el RD 43/96 quan fixa en el seu art 6 el contingut mínim de la sol·licitud, exigeix la indicació "del número i categoria dels treballadors ocupats habitualment". Això apunta a computar només els treballadors indefinits".

Per altra banda, alguns autors consideren que hem de computar tots els treballadors amb independència del tipus o modalitat contractual, amb l'excepció del alts càrrecs i dels treballadors temporals cedits per l'empresa de Treball Temporal¹⁷². En qualsevol cas, encara podem apuntar dos arguments més per a defensar l'oportunitat de computar els treballadors temporals i els indefinits a l'hora de determinar el volum d'ocupació:

En primer lloc, el fet de tenir en compte aquestes dues modalitats de contractació sembla una idea coherent amb la realitat empresarial del nostre país i amb els nivells reals d'ocupació existents en moltes empreses¹⁷³. En segon lloc, els criteris recollits en els Decrets de transferències a les Comunitats autònomes en matèria de regulació d'ocupació, obliguen a tenir en compte els treballadors temporals a l'hora de concretar

¹⁷⁰ PRADOS DE REYES, F.J., "Despidos colectivos", en D.A., "La reforma Laboral de 1994", op.cit, pàg. 23.

¹⁷¹ STSJ Andalusia, 8 de juliol de 1997, Ar 3179.

¹⁷² SALA FRANCO, T, (DIR), "Guía práctica de la extinción del contrato de trabajo", València, Ed. Tirant lo Blanch, 2ª edc, 1998, pàg. 115. NORES TORRES, L.E., "El período de consultas en la reorganización productiva empresarial", ed. CES, 2000, pàg. 57: considera que hem de computar els temporals i els indefinits, però matisa aquella afirmació en aquells casos on l'empresa ha acudit als serveis d'una empresa de treball temporal, un supòsit on es podria discutir si aquests treballadors han de ser inclosos al moment de realitzar-se el còmput

¹⁷³ El resum de dades bàsiques d'ocupació de l'INEM, sobre contractes totals, indefinits i temporals, per Províncies i Comunitats Autònomes, agost de 2004, parla per ell mateix: A nivell exemplificatiu es pot dir que a Andalusia es realitzaren un total de 2.631.471 contractes, dels quals el 4.00% foren indefinits i el 96.00% temporals, a Aragó es feren 272.700, el 10% foren indefinits i el 89.93% temporals, a Astúries es feren 190.976, 8.19% indefinits i 91.81% temporals, a les Illes Balears es feren 277.594, 10.88% indefinits, i 89.12% temporals, a Castella la Manxa es feren un total de 319.848 contractes, el 8.23% foren indefinits i el 91.77% foren temporals. A Castella i Lleó es feren un total de 439.024 contractes, dels quals, 8.67% foren indefinits i el 91.33% temporals. A Catalunya es feren 1.641.505 contractes, dels quals, 12.80% foren indefinits i 87.20% temporals. Al País Valencià es feren 1.023.400, dels quals 10.08% foren indefinits i 89.92% temporals. A nivell nacional es feren 10.732.871 contractes, dels quals, 8.87% foren indefinits i el 91.13% foren temporals: <http://www.inem.es/cifras/databas/dbcttit.htm>. Davant aquestes dades no és estrany que els sindicats denunciïn que les empreses fan un ús excessiu de la contractació temporal. Mentre a la Unió Europea el percentatge d'assalariats amb un treball temporal és del 13%, a Espanya el percentatge augmenta fins a un 31%. A més l'excés de temporalitat existeix en tots els sectors d'activitat.

els volums d'ocupació de l'empresa¹⁷⁴. El RD 262/1985, de 23 de gener, sobre traspàs de funcions a la Comunitat Valenciana en matèria d'expedients de regulació d'ocupació, ens indica que a efectes del còmput de plantilles haurem d'incloure la totalitat dels treballadors que presten serveis en l'empresa en el dia en què iniciem l'expedient. És indiferent que aquests siguin indefinits, eventuais, interins o contractats per qualsevol modalitat, l.d. Per això mateix, els nivells d'ocupació importants a efectes de l'art 51 ET són els existents en el moment d'iniciar el procediment i les possibles alteracions de la plantilla durant el procediment no tindran cap influència, sempre que no amaguen mala fe.

2.2) ELS ACOMIADAMENTS COMPUTABLES:

Una vegada hem determinat el nivell d'ocupació existent en l'empresa en el moment d'iniciar el procediment, és necessari concretar les extincions que han de ser computades per tal de verificar si estem davant un acomiadament col·lectiu. La regla general està recollida en l'art 51.1 ET: en principi hem de computar tots els acomiadaments fonamentats en causes econòmiques, tècniques, d'organització o de producció. Seguidament, l'art 51 ET preveu dues regles més referents al còmput. Aquestes dues regles pretenen evitar aquelles actuacions empresarials encaminades a eludir el procediment de regulació d'ocupació.

Aquesta conducta empresarial amb ànim fraudulent pot manifestar-se de dues formes: camuflant la causa econòmica en algunes extincions produïdes dins del període de referència, art 51.1 quart paràgraf ET. En aquests supòsits, l'empresari oculta la vertadera causa d'aquells acomiadaments i els fa passar com extincions no fonamentades en causes empresarials. La segona conducta empresarial que pretén evitar l'art 51 ET consisteix a evitar el que algun autor anomena "acomiadament col·lectiu degotejat"¹⁷⁵. L'art 51.1 cinquè paràgraf ET inclou una regla en vistes al futur. El seu objecte és evitar que en períodes successius de noranta dies fraccionem els acomiadaments fonamentats en causes econòmiques a efectes d'eludir les previsions per als acomiadaments col·lectius. Exposades aquestes dues regles, cal analitzar-les amb un poc més de deteniment:

L'art 51.1 quart paràgraf recull una garantia de control, segons la qual a l'hora de realitzar el còmput d'acomiadaments per causes econòmiques, tècniques, d'organització o de producció, art 51.1 ET, hem de tenir en compte qualsevol altra extinció produïda dins del període de referència, produïda per iniciativa de l'empresari i en virtut d'altres motius no inherents a la persona del treballador i distintes al supòsit previst en l'art 49.1.c ET, sempre que el seu número siga superior a cinc. L'esmentada regla no deixa de plantejar diversos problemes d'interpretació. El primer problema consisteix a concretar quines extincions "no inherents a la persona del treballador" entraran en el còmput. A més, la falta de definició d'aquest terme, que té el seu origen en la Directiva 98/59 i la falta d'equivalent en el nostre ordenament jurídic ens obliga a analitzar els diferents motius d'extinció del contracte de treball previstos en l'art 49 ET.

¹⁷⁴ BADIOLA SÁNCHEZ, AMª, "La nulidad de la extinción del contrato de trabajo", op.cit, pàg 461. Altres arguments favorables a la inclusió dels treballadors temporals serien: 1) Els criteris seguits en la interpretació de l'antic art 51.13 ET sobre distinció d'empreses de més o menys 50 treballadors on es tenia en compte els nivells d'ocupació existents, sense diferenciar entre els contractes temporals dels indefinits. 2) Els criteris recollits en els Decrets de transferències a les CCAA en matèria de regulació de l'ocupació.

¹⁷⁵ DESDENTADO BONETE, A, "El despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción", en D.A, "La reforma de la legislación Laboral", op.cit, pàg. 184.

Doncs bé, l'expressió “motius no inherents a la persona del treballador” exclou del còmput aquelles extincions produïdes per *circumstàncies concurrents en la persona del treballador*: mort, incapacitat permanent 49.e ET, ineptitud 49.1 i 52.a ET, jubilació 49.f ET, falta d'adaptació a les modificacions produïdes al lloc de treball 49.1 i 52.b ET¹⁷⁶. En un mateix sentit, queden fora del còmput les extincions *fonamentades en la conducta del treballador*: Amb algunes reserves, els acomiadaments disciplinaris, art 54 ET, perquè es fonamenten en un incompliment culpable i greu del treballador. Queden fora del còmput, per ser extincions que neixen de la voluntat unilateral del treballador: l'abandonament del lloc de treball o l'absentisme, art 54.a i 52.d ET, i la dimissió, art 49.d ET.

També quedaran fora del còmput, aquelles extincions que es *produeixen pel compliment d'un fet objectiu*: dins d'aquest grup inclourem les extincions produïdes per les causes consignades vàlidament en el contracte, art 49.b ET, i el supòsit previst en l'art 49.c ET, extincions produïdes per expiració del temps pactat, o per la realització del servei o obra¹⁷⁷. Tanmateix, segons diu l'art 2.a de la Directiva 98/59, això no impedeix que puguem computar les extincions d'aquests treballadors realitzades abans del temps pactat per l'empresari i produïdes durant el període de noranta dies. Per altra banda, en principi no computaran les extincions que neixen del mutu acord de les parts¹⁷⁸. Aquest supòsit requereix algunes precisions, però de moment podem dir, que no computaran excepte quan tenen el seu origen en una iniciativa empresarial motivada en una necessitat empresarial, és el cas de les baixes amb incentius o les prejubiacions.

Queden fora del còmput també, alguns supòsits que no estan relacionats amb la persona del treballador: la força major art 49.h i 51. 12 ET, un supòsit que ha de seguir un procediment amb les garanties de control pròpies de l'acomiadament col·lectiu. Hem d'excloure també les extincions produïdes per mort, jubilació o incapacitat de l'empresari 49.g ET. Aquest supòsits en alguns casos derivaran en el cessament de l'activitat empresarial i consegüentment aplicarem l'art 51.4 ET, i altres casos,

¹⁷⁶ OJEDA AVILÉS, A, “La configuración del despido colectivo”, en D.A, “El despido. Análisis y aplicación práctica. Op.cit, pàg. 496. La ineptitud, inadaptació, absentisme, insuficiència pressupostaria. Aquests supòsits poden causar algun dubte. Alguns d'aquests supòsits sorgeixen d'una dolenta relació del treballador amb el seu lloc de treball, que a primera vista poden imputar-se exclusivament a aquell; però el mateix art 52 ET les qualifica com causes objectives. I sense dubtes, una d'elles, la insuficiència pressupostaria, no té cap relació amb les relacions del treballador. BADIOLA SÁNCHEZ, AMª, “La nulidad de la extinción del contrato de trabajo”, op.cit, pàg. 464: No hem de computar la ineptitud, la falta d'adaptació del treballador a les modificacions tècniques, o l'absentisme justificat, quan l'acomiadament siga declarat procedent. No obstant això, a continuació estima que les extincions emparades en l'art 52.a i b i d ET podran computar-se en els mateixos supòsits en els quals hem de computar els disciplinaris.

¹⁷⁷ STSJ de Castella i Lleó, 3 de maig de 1995, Ar 20337: El tribunal raona que en el supòsit analitzat no es superen els límits legals de l'art 51.1 ET, perquè les extincions dels contractes temporals, per menció de l'art 51 no han de ser sumades als acomiadaments per causes econòmiques que s'han produït. En un mateix sentit: STSJ de Galícia, 21 de novembre de 1996, Ar 3876.

¹⁷⁸ STSJ Catalunya, 23 abril de 1996, Ar 2123: L'extinció contractual de l'actor, reconeix l'empresa, per a passar a l'empresa “SINTEX” foren de mutu acord, i no poden computar-les a efectes de l'ET. I això que aquelles extincions responien a una necessitat empresarial, ja que formaven part d'un acord entre l'empresa i el comitè d'empresa, dins d'un procés de reestructuració empresarial. En contra entre altres autors: PRADOS DE REYES, F.J, “Los despidos objetivos por las causas del Art. 52.c ET”, en D.A, “Presente y futuro de la regulación del Despido”, op.cit, Pàg. 75: Hem d'incloure al còmput: el mutu dissentiment, excepte quan quede acreditat que en la seua obtenció ha primat la voluntat del treballador, igualment hem de computar les jubilacions anticipades que es produeixen en els processos de reestructuracions.

l'esmentada situació pot comportar la continuïtat de l'empresa i el manteniment dels contractes a través de la subrogació d'un nou empresari, art 44 ET¹⁷⁹.

3.1) ELS SUPÒSITS MÉS CONFLICTIUS: ACOMIADAMENTS DISCIPLINARIS IMPROCEDENTS I ELS FONAMENTATS EN INCOMPLIMENTS EMPRESARIALS:

Alguns dels supòsits exclosos anteriorment mereix alguna matisació més. De tots ells, el que més discrepàncies ha plantejat dins de la doctrina científica és el cas dels acomiadaments disciplinaris. La doctrina ha mantingut plantejaments diferents sobre la conveniència o no de computar aquests acomiadaments en el còmput previst en l'art 51.1 ET.

Alguns autors¹⁸⁰ mantenen que els acomiadaments disciplinaris computen quan són improcedents i no opten per la readmissió. A l'hora de justificar aquests supòsits, al·leguen que la menció de l'art 51.1 quart paràgraf es refereix a totes les extincions que no tenen el seu origen en la conducta o en circumstàncies del treballador i que impliquen la supressió del seu lloc de treball per iniciativa de l'empresari. Per tant, encaixarien en aquest supòsit les extincions *de mutu acord i els acomiadaments relacionats amb la persona del treballador declarats improcedents*¹⁸¹.

En altres ocasions, alguns autors introdueixen algunes matisacions alhora de computar els acomiadaments disciplinaris. Hi ha qui considera que cal computar els acomiadaments disciplinaris qualificats com a improcedents i en els quals l'empresari ha reconegut que són improcedents en fase de conciliació¹⁸². Alguna resolució s'ha pronunciat en aquest sentit i ha considerat que cal computar l'acomiadament disciplinari, perquè l'empresa va reconèixer la improcedència davant UMAC a través de la corresponent indemnització acompanyada amb l'extinció del contracte per causes econòmiques. A més, afirma que la invocació d'un acomiadament disciplinari, que no és realment a efectes de justificar que no es superen els límits legals i eludir el procediment, no és suficient ni legítima l'omissió d'aquell tràmit administratiu, ja que altra solució facilitaria les maniobres fraudulentament¹⁸³.

En relació amb l'obligació de computar o no els acomiadaments disciplinaris, sembla que allò més raonable és seguir el raonament exposat per algun tribunal. En aquest sentit assenyalen que a l'hora de determinar si els acomiadaments disciplinaris s'han de computar hem de tenir en compte la seua qualificació. En aquest sentit, si aquell es procedent no l'hem de computar i si és improcedent i no ha existit readmissió,

¹⁷⁹ En un mateix sentit: NAVARRO NIETO, F, SÁEZ LARA, C, "La flexibilidad en la nueva relación del trabajo", op.cit, Pàg. 188. VALDÉS DAL-RÉ, F, "Los despidos por causas económicas", en D.A, "La reforma del mercado de trabajo", op.cit, pàg. 410: La raó d'excloure aquests supòsits es troba imposada per una interpretació sistemàtica dels paràgrafs 1 i 4 de l'art 51 ET. Sentència del jutjat social de Sevilla nº4, 29 abril de 2002, Ar 1635: l'art 44 no extingeix per ell mateix la relació laboral, perquè l'empresa mercantil, com entitat que busca un guany, té una vocació de duració indefinida, i en principi, no l'afecta, al menys de forma decisiva, els canvis de titularitat subjectiva.

¹⁸⁰ BADIOLA SÁNCHEZ, AM^a, "La nulidad de la extinción del contrato de trabajo", op.cit, pàg. 465. OJEDA AVILÉS, A, "La configuración del despido colectivo", en D.A, "El despido. Análisis y aplicación práctica", op.cit, pàg. 497.

¹⁸¹ NAVARRO NIETO, F, "El despido colectivo", op.cit, pàg. 106

¹⁸² CRUZ VILLALÓN, J, "ET comentado", op.cit, pàg. 681. STSJ Catalunya, 19 de juliol de 1995.

¹⁸³ STSJ Navarra, 30 de novembre de 1996, (535), AL, 1997, nº16. STSJ Castella la Manxa, 24 abril de 1997, Ar 1640.

el cessament s'haurà de computar. El mateix ocorre amb el supòsit previst en l'art 284 LLPL per a l'acomiadament nul¹⁸⁴.

En relació amb els acomiadaments produïts per altres causes, alguns autors consideren que hem d'excloure del còmput: els basats en causes objectives, excepte el supòsit de l'art 52.c ET, l'extinció per invalidesa i els disciplinaris, excepte quan responen a alguna de les causes pròpies de la reorganització productiva¹⁸⁵. En canvi no falten autors¹⁸⁶ que consideren que cal computar les extincions per causes objectives (excepte la ineptitud), els acomiadaments disciplinaris o nuls, les baixes amb incentius per mutu acord i els acomiadaments per força major. Alhora altres consideren que Considera no són computables els acomiadaments disciplinaris procedents ni els acomiadaments procedents per les causes a), b) i d) art 52.c. Són computables: les extincions de l'art 49.1.8 i 49.1.9, art 52.c, i els acomiadaments improcedents o nuls sense readmissió. La causa de l'art 49.1.10 ET és discutible¹⁸⁷.

Malgrat els plantejaments doctrinals exposats anteriorment que aconsellen no computar els acomiadaments disciplinaris, considere que aquesta possibilitat no es pot descartar tan ràpidament. Tal vegada, han de computar-se, però amb les matisacions que ha posat en relleu la doctrina. En aquest sentit, hem de ser conscients que en ocasions alguns acomiadaments disciplinaris improcedents oculten una necessitat de reestructurar l'empresa. No hem d'oblidar, que durant algun temps les dificultats que trobava l'empresari en els acomiadaments objectius, art 52.c ET, eren superades a través dels acomiadaments disciplinaris, amb la qual cosa es desvirtuava la seua funció real¹⁸⁸.

En altres ocasions, l'empresari ha acudit a l'acomiadament disciplinari de forma fraudulenta. Allò que perseguia era amagar la vertadera causa de l'acomiadament: causes empresarials, amb l'objectiu de presentar l'acomiadament com un disciplinari i no superar els llindars de l'art 51 ET, amb la qual cosa eludiria el procediment de regulació d'ocupació. Si tenim en compte aquestes apreciacions, s'obri una requisi per poder computar els acomiadaments disciplinaris improcedents a l'hora de valorar si es superen els llindars legals, art 51 ET, si no en tots els supòsits, al menys quan amaguen una necessitat empresarial¹⁸⁹.

¹⁸⁴ STSJ Castella la Manxa, 24 abril de 1997, Ar 1640. STSJ de Catalunya, 19 de juliol de 1995, Ar 3118: en el cas dels acomiadaments disciplinaris hem de tenir en compte el resultat: si es declarat procedent no l'hauré de computar i si és improcedent sí. Resulta indiferent el moment processal en el qual han declarat la seua improcedència. Una solució contrària donaria lloc a maniobres fraudulentes.

¹⁸⁵ GOERLICH PESET, J.M., "El despido colectivo", en D.A., "La reforma del ET", op.cit, pàg. 126

¹⁸⁶ SALA FRANCO, T., "Guía práctica de la extinción del contrato de trabajo", op.cit, pàg. 115.

¹⁸⁷ DESDENTADO BONETE, A., "Los despidos por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción", en D.A., "Reforma de la legislación laboral", op.cit, Pàg. 185.

¹⁸⁸ RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., "El despido por motivos objetivos atinentes a la empresa", op.cit, pág. 83. Considera que el paper central en el règim jurídic de l'extinció l'ha dotat d'una "vis atractiva" i l'ha convertit en un calaix que inclou tots els supòsits d'extinció en els quals no és possible enquadrar legítimament una extinció del contracte a iniciativa de l'empresari. LÓPEZ GANDIA, J., "La reforma del mercado de trabajo según el documento presentado al CES", op.cit, pàg 22: De fet utilitzen l'acomiadament disciplinari com a via alternativa, fraudulenta i de difícil control en el procediment d'extinció del contracte de treball per causes econòmiques o tecnològiques, art 51 ET, perquè en ell necessiten passar per una fase de negociacions amb els representants dels treballadors.

¹⁸⁹ NORES TORRES, L.E., "El período de consulta en la reorganización productiva empresarial", op.cit, pág. 52: es decanta per estimar que en el còmput no hem d'incloure els acomiadaments disciplinaris improcedents, perquè la seua qualificació no implica necessàriament que aquests hagen estat adoptats per un motiu no inherent a la persona del treballador. Per altra part, si aquests acomiadaments estigueren

Per altra banda, les extincions per voluntat del treballador, que siguen resultat d'un incompliment empresarial i en concret aquelles que tinguen el seu origen en una modificació substancial de les condicions de treball, art 49.1.j, 41 i 50.a ET, plantegen més dubtes a l'hora de determinar si han de ser computables. En qualsevol cas, i malgrat els dubtes que planteja la inclusió del supòsit previst en l'art 50.a ET en el còmput dels acomiadaments previstos en l'art 51 ET, també és cert que aquesta possibilitat no la podem descartar tan ràpidament.

La doctrina també ha plantejat els seus dubtes en relació amb aquest darrer supòsit. Així doncs, que a falta de pronunciaments per part de la jurisprudència, hem de ser molt prudents a l'hora de donar una solució. Alguns autors consideren que cal computar la resolució del contracte per incompliment de l'empresari, encara que mantenen algunes reserves en els casos dels art 40.1.4, 41.3.2 i 50.1.c ET¹⁹⁰. Alguns autors mantenen un plantejament més decidit i entenen que segurament haurem de computar les extincions contractuals produïdes a conseqüència de modificacions substancials de condicions de treball o quan siguen resultat d'un "acomiadament indirecte", és a dir, fonamentats en incompliments de l'empresari¹⁹¹.

Altres mantenen que podríem computar les extincions per voluntat del treballador que siguen una resposta a opcions prèvies de gestió empresarial: extincions fruit del rebuig justificat o impossibilitat d'adaptació a mesures de mobilitat geogràfica, funcional o a modificacions substancials de condicions de treball. Així com els supòsits de resolució del contracte de treball per voluntat del treballador, art 50 ET, motivada per un interès empresarial de provocar la renúncia del treballador¹⁹².

A favor de la inclusió d'aquests supòsits en el còmput podem dir que, tot i que l'esmentada extinció es presenta com una decisió unilateral del treballador, en realitat té el seu origen en una decisió unilateral de l'empresari, una decisió que forma part d'una reestructuració empresarial. En el supòsit de l'art 50.a ET no parlem d'una renúncia del treballador al seu lloc de treball enfront d'una senzilla modificació d'aquest. Més aviat parlem d'una extinció provocada per una decisió empresarial que ha provocat una alteració o transformació d'uns aspectes fonamentals de la relació laboral i que ha generat un perjudici en el treballador.

En el cas de l'art 50.a ET existeix una causa justa que legitima l'extinció¹⁹³, perquè la causa que provoca l'extinció és el perjudici ocasionat per l'empresari al

realment vinculats a una reorganització empresarial la seua incorporació en el còmput es realitzaria, però com vertaders acomiadaments econòmics.

¹⁹⁰ BADIOLA SÁNCHEZ, AM^a, "La nulidad de la extinción del contrato de trabajo", op.cit, pàg. 465. GOERLICH PESET, JM, "El despido colectivo", en D.A, "La reforma del Estatuto de los trabajadores", op.cit, pàg. 128

¹⁹¹ ALBIOL MONTESINOS, I, "Derecho del Trabajo", T-II, València, Tirant lo Blanch, 5^a edició, 2003, pàg. 645. CRUZ VILLALÓN, J, "ET comentado", op.cit, pàg. 681. OJEDA AVILÉS, A, "La configuración del despido colectivo", en D.A, "El despido. Análisis y aplicación practica" op.cit, pàg. 496 i 497. Estima que hem de computar les dimissions provocades o acomiadaments indirectes, art 50 ET, dimissions per modificacions substancials que perjudiquen el treballador, art 41.3 ET i dimissions per trasllats, art 40 ET.

¹⁹² NAVARRO NIETO, F, "El despido colectivo", op.cit, pàg. 60. NAVARRO NIETO, F, SÁEZ LARA, C, "La flexibilidad en la nueva relación de trabajo", op.cit, pàg. 188 i 189.

¹⁹³ STSJ Catalunya, 10 de maig de 1996, Ar 1642: La potestat empresarial de modificar les condicions de la prestació de treball per la seua voluntat unilateral descansa en el poder d'organització i direcció. Però

treballador a través de la seua decisió. Així doncs, fem referència a un “acomiadament indirecte” perquè la conducta prèvia de l’empresari ha provocat o ha forçat la renúncia.

Tanmateix, és important destacar que algunes resolucions judicials s’inclinen per negar la possibilitat d’incloure aquests supòsits en el còmput. En alguna sentència el tribunal considera que: “la resolució de contractes no ha de considerar-se com un cessament computable, perquè encara que es produeix a instància del treballador la seua causa és un incompliment contractual. Ara bé, els cessaments que es produeixen en virtut de l’art 40.1.4 41.3.2 ET són més discutibles. Aquesta Sala s’inclina per la solució negativa, perquè responen a una voluntat del treballador davant una conducta lícita de l’empresari”¹⁹⁴.

En qualsevol cas, considere que en general haurem de computar totes aquelles extincions que, més enllà de la seua aparença formal, oculten en realitat una extinció que deriva d’una decisió empresarial fonamentada en causes empresarials. No és tan important la via formal a través de la qual han tramitat les extincions, sinó la realitat material subjacent en les extincions, és a dir, si en realitat amaguen una reestructuració empresarial.

Evidentment, aquests supòsits tenen un problema important: la prova, ja que correspon al treballador provar que el seu acomiadament respon en realitat a circumstàncies relacionades amb el funcionament de l’empresa. A més, aquesta possibilitat es troba limitada pel termini de caducitat de l’acció que ha d’exercir el treballador, 59.3 ET. Malgrat les dificultats que presenta aquesta situació, aquesta interpretació és un dels pocs mecanismes que tenim per tal d’evitar que l’empresari burle les previsions referents als acomiadaments col·lectius.

En canvi, haurem de computar aquelles extincions produïdes dins del període de referència i fonamentades en causes econòmiques, tècniques, d’organització o de producció, art 52.c ET. Però també haurem de computar les baixes amb incentius i les jubilacions¹⁹⁵. Aquestes extincions les haurem de computar, perquè malgrat que en ocasions poden presentar-se sota la forma del mutu acord, en el fons està subjacent una reestructuració empresarial per motius relacionats amb el funcionament de l’empresa i a més tenen el seu origen en una iniciativa empresarial.

Per altra banda, la inclusió d’aquests supòsits en el còmput pot respondre perfectament a la finalitat de l’art 51.1. quart paràgraf ET i a la regla recollida en la Directiva 98/59 introduïda per la Directiva 92/56/CE¹⁹⁶. En aquest aspecte la norma

aquest no constitueix una facultat arbitrària, es troba limitat pel principi de bona fe i pel respecte als drets econòmics i professionals dels treballadors i pel respecte a la seua dignitat humana.

¹⁹⁴ STSJ Castella la Manxa, 24 abril de 1997, Ar 1640, STSJ Catalunya, 19 juliol 1995, Ar 3118: considera que han de computar-se els acomiadaments disciplinaris improcedents, però no és computable la resolució del contracte de treball a instància del treballador.

¹⁹⁵ STSJ Catalunya, 16 abril de 1996, Ar 1436: No podem negar que la jubilació constituirà “a priori” una causa d’extinció del contracte relacionada amb la persona del treballador. És cert, que es donen un elements que ens permeten afirmar que la baixa en l’empresa fou el fruit d’una negociació destinada a amortitzar llocs de treball, en línia amb la situació de l’empresa. No obstant això, els cessaments produïts d’aquesta forma no es poden incloure al còmput.

¹⁹⁶ MEDIAVILLA CRUZ, ML, ARADILLA MARQUÉS, M^aJ, “Despidos colectivos: concepto y cómputo del período de 90 días”, en D.A MARTÍNEZ ABASCAL, VA, (COO), “La nueva regulación de las relaciones laborales”, Barcelona, ed. Signo, SA, 1995, pàg. 240. Amb aquesta regla allò que es vol és computar també, aquelles extincions on és el treballador qui decideix en última instància extingir la

comunitària és més clara, perquè ens diu que les extincions fonamentades en circumstàncies no inherents a la persona del treballador i que neixen d'una iniciativa empresarial, les hem d'assimilar als acomiadaments o tractar-les com si ho foren. La norma diferencia clarament entre extincions i acomiadaments. O dit en altres paraules, la norma comunitària permet que computem aquelles supressions de llocs de treball que responen en el fons a reestructuracions de l'empresa, i que han estat tramitades a través de diferents formes d'extinció. Entre les diferents formes que poden presentar aquestes extincions, està el mutu acord de les parts.

2.3) LA REGLA DE L'ART 51.1 QUART PARÀGRAF:

La regla recollida en l'art 51.1 quart paràgraf ET té el seu origen en la Directiva 59/92 que va modificar la Directiva 75/129. Amb el temps, les instàncies comunitàries consideraren apropiat precisar i completar part de l'articulat de la Directiva originària i adequar-la allò previst en la Carta Comunitària de Drets Socials Fonamentals dels Treballadors, de 9 de desembre de 1989. En aquesta darrera norma es deia que “la realització del mercat interior ha de conduir a una millora de les condicions de vida i de treball dels treballadors de la Comunitat Europea, això haurà de permetre desenvolupar, quan siga necessari, alguns aspectes de la reglamentació laboral, com els procediments dels acomiadaments col·lectiu”.

Així doncs, que per tal de complir aquests propòsits va néixer la Directiva 92/56. La majoria de modificacions que va introduir consistiren a millorar i ampliar les obligacions empresarials d'informació i consulta amb els representants dels treballadors¹⁹⁷. Entre aquestes modificacions destaca la regla introduïda en l'art 1.3 de la norma comunitària. El nou incís inclòs en l'art 1.3 de la Directiva va incorporar una nova regla referida al càlcul, segons la qual és convenient “assimilar als acomiadaments, les extincions del contracte de treball produïdes per iniciativa de l'empresari i basades en un o diversos motius no inherents a la persona del treballador, sempre que els acomiadaments siguen com a mínim cinc”, art 1 de la Directiva 98/59.

El primer que podem dir sobre aquesta nova regla és precisament que costa entendre la seua finalitat i a més els termes utilitzats en ella tampoc ajuden a aclarir el seu significat¹⁹⁸. Si l'analitzem amb un poc de deteniment, sembla que el legislador

relació laboral, però ho fa acollint-se a una proposta empresarial. És el que ocorre amb les prejubilacions i les baixes amb incentius, supòsits on la iniciativa de l'empresari provoca l'actuació del treballador. GARCÍA FERNÁNDEZ, M, “La extinción de la relación laboral en la Ley 11/1994”, AL, 1994, nº 30/25, pàg. 487: hem de computar les extincions per mutu acord, art 49.1 ET, per causes consignades vàlidament en el contracte, art 49.2 i les fonamentades en l'art 52.c. En contra: BADIOLA SÁNCHEZ, AMª, “La nulidad de la extinción del contrato de trabajo”, op.cit, pàg. 464: No es pot computar el mutu acord. Ni tan sols quan l'acord d'extinció ha estat promogut per l'empresa a través de baixes amb incentius o prejubilacions.

¹⁹⁷ La Directiva 92/56/CE, 24 de juny, introduí un nou incís en l'art 1.3 de la Directiva 75/129, donà una nova redacció a l'art 2.4, afegí un nou paràgraf en l'art 3, introduí l'apartat 4.4, agregà un incís final en la disposició final 5ª, i finalment introduí l'art 5.bis

¹⁹⁸ ARGÜELLES BLANCO, AR, “Las modificaciones introducidas por la Directiva 92/56, 24 de junio, en la regulación de los despidos colectivos: una reflexión a la vista del ordenamiento jurídico español”, op.cit, pàg. 51: Segons aquesta autora, la dificultat d'aquesta regla radica en saber quins són els efectes d'aquelles extincions i en la seua delimitació. A més, estima que si allò que volien era ampliar el concepte d'acomiadament col·lectiu, hauria estat més apropiat mantenir la proposta de la Comissió, segons la qual “s'havia d'entendre per acomiadament col·lectiu tota supressió dels contractes de treball, realitzada per iniciativa de l'empresari, per un o diferents motius no inherents a la persona del treballador. NAVARRO NIETO, F, “Los despidos colectivos”, op. cit, pàg. 108 i 109: Afirma que el sentit d'aquesta novetat de la

comunitari parla “d’extincions contractuals” i no d’acomiadaments, perquè el mateix precepte ens indica, que les esmentades extincions les hem d’assimilar als acomiadaments. A més, sembla que es tracta d’unes extincions produïdes per iniciativa de l’empresari i per motius no inherents a la persona del treballador, i que no han de tramitar-se a través del procediment previst per als acomiadaments col·lectius. Però que hem de tenir en compte, a efectes de convertit en col·lectiu determinats acomiadaments que mancarien d’aquella naturalesa per no superar els llindars legals. Precisament per computar aquelles extincions, els acomiadaments produïts en el període de referència, aconseguen superar els llindars legals i han de tramitar-se a través del procediment previst per als acomiadaments col·lectius.

4.1) DUES POSSIBLES INTERPRETACIONS SOBRE EL SEU SIGNIFICAT:

La norma comunitària és clara en aquest aspecte i està més o menys clar que el legislador comunitari considera que cal que es realitzen cinc acomiadaments per poder computar les extincions que es produeixen en el període de referència. Però com veurem immediatament, la regla recollida en l’Estatut no és tan clara en aquesta qüestió¹⁹⁹. El principal problema que planteja l’art 51.1 quart paràgraf ET consisteix a determinar si la *xifra cinc* es refereix a les extincions que es produeixen en el període de referència i que hem d’assimilar als acomiadaments realitzats per causes econòmiques, tècniques, d’organització o de producció, o més aviat aquesta xifra es refereix als acomiadaments produïts per causes empresarials.

Així doncs, són dues les possibles interpretacions: una fonamentada en una interpretació literal de l’art 51.1 quart paràgraf ET, segons la qual són cinc les extincions que s’han de produir dins del període de referència. I altra inspirada en la Directiva 98/59, segons la qual és necessari cinc acomiadaments per causes empresarials per poder computar les extincions. Evidentment, les conseqüències pràctiques que es deriven d’una o altra interpretació són prou diferents, perquè podem arribar a conclusions contràries²⁰⁰.

norma comunitària consisteix a permetre l’activació dels mecanismes d’intervenció col·lectiva i de l’Administració, quan es realitza una supressió dels llocs de treball per necessitat de l’empresa, a través de diferents formes d’extinció de contractes. Ara bé, en la norma comunitària l’activació de controls i garanties és únicament en relació amb els treballadors afectats per l’acomiadament col·lectiu. Es tracta d’activar unes garanties col·lectives que requereix un número mínim d’acomiadaments. GOERLICH PESET, JM^a, “Informe técnico-jurídico sobre: El Despido colectivo en la Europa Comunitaria”, op.cit, pàg. 174: Considera que no està massa clar el significat d’aquesta regla. Malgrat que són possibles altres interpretacions, és molt possible que la seua introducció connecte amb els sistemes de còmput vigents en alguns països, on assimilen als acomiadaments les supressions per mutu acord, sempre que es duguen a terme per una proposta empresarial i dins d’un reestructuració empresarial.

¹⁹⁹ VALSÉS DAL-RÉ, F, “Los despidos por causas económicas”, en D.A, “La reforma del Mercado de trabajo”, op.cit, pàg. 409. L’efecte d’aquesta regla consisteix en atreure a l’àmbit d’imputació de la norma, altre causes d’extinció, distinta dels acomiadaments i realitzades per iniciativa de l’empresari.

²⁰⁰ MEDIAVILLA CRUZ, M^aL, ARADILLA MARQUÉS, MJ, “Despido colectivo: concepto y cómputo del período de 90 días” en D.A, “La nueva regulación de las relaciones laborales”, op.cit, pàg. 241: considera que existeix un error en la transposició de la Directiva i que el requisit de cinc, es refereix realment a les extincions per causes econòmiques, tècniques, d’organització o de producció. BADIOLA SÁNCHEZ, AM^a, “La nulidad de la extinción del contrato de trabajo”, op.cit, pàg. 462 i 463: La regla no concreta si són aquelles altres extincions a computar, les que han d’afectar com a mínim 5 treballadors. L’art 51 ET no reproduïx exactament el contingut de la Directiva, podem pensar que ha existit una defectuosa transposició, i per tant la regla hauria de ser interpretada a l’emparament de les premisses comunitàries. OJEDA AVILÉS, A, “Configuración del despido colectivo”, en D.A, “El Despido. Análisis

Possiblement, la interpretació més correcta és aquella que s'ajusta a la norma comunitària. A més a més, la interpretació literal de l'art 51.1 quart paràgraf ET diu el contrari d'allò que preveu la Directiva. Tant és així, que una interpretació en contra de la norma comunitària facilitaria el camí a l'hora d'incomplir el contingut i la finalitat de la Directiva, perquè en ser necessari cinc extincions per a poder ser computades, no assoliríem el concepte d'acomiadament col·lectiu en els casos que la norma comunitària el preveu²⁰¹.

Però a més, com ha apuntat la doctrina, una interpretació literal del precepte podria comportar una situació absurda²⁰². Fent aquest tipus d'interpretació podria ocórrer que en una empresa amb menys de cent treballadors i dins del període de referència, es produirien 9 baixes amb incentius originades per una reestructuració empresarial i al poc de temps, un únic acomiadament per raons econòmiques. La suma de totes les extincions: les baixes més l'acomiadament, ens situaria en el supòsit de l'art 51.a ET. De tal forma, que una interpretació literal de l'art 51.1 quart paràgraf ET ens obligaria a tramitar un únic acomiadament pel procediment de l'art 51 ET, amb totes les conseqüències que això implica.

Tanmateix, si analitzem amb un poc de deteniment l'art 51 ET cabria una tercera possibilitat apuntada per algun autor²⁰³. Segons aquest, seria possible que la xifra cinc fera al·lusió al conjunt de les extincions, les fonamentades amb el funcionament de l'empresa i les que hem d'addicionar. Entenen que aquest és el tenor literal del precepte i a més compta amb l'avantatge de ser una interpretació respectuosa amb la Directiva comunitària.

Són moltes les idees que s'han exposat fins ara i per tant no està de més fer una petita recapitulació: en primer lloc, per les raons exposades considere que és necessari cinc acomiadaments per causes empresarials per poder computar la resta d'extincions. En segon lloc, les extincions que hem de computar per tal de determinar si estem davant un acomiadament col·lectiu són les següents: acomiadaments fonamentats en l'art 52.c ET, extincions produïdes a través de baixes amb incentius o a través de

y aplicación práctica”, op.cit, pàg. 498: Una interpretació conforme al sentit literal de l'art 51.1 quart paràgraf ET, només seria possible si resultés més favorable que la Directiva. No obstant això, davant la foscor de l'art 51.1 ET no està clar que siga aquesta l'opció del legislador espanyol.. Tampoc està clar ni està fora de tots els dubtes, que siga més favorable per als treballadors una interpretació en aquest sentit. VALDÉS DAL-RÈ, F, “Los despidos por causas económicas”, en D.A, “La reforma del mercado de trabajo”, op.cit, pàg. 411. Per poder computar les extincions produïdes per iniciativa de l'empresari i fonamentades en motius no inherents a la persona del treballador, cal que aquestes siguin cinc i es realitzen al període de referència.

²⁰¹ En contra: PRADOS DE REYES, FJ, “El despido colectivo”, en D.A “La reforma de 1994”, op.cit. pàg. 232. L'esmentada regla amplia la base conceptual de l'acomiadament col·lectiu. Aquest concepte inclou els mecanismes tradicionals disposats directament a efectes de reduir l'ocupació en l'empresa, i qualsevol altra forma d'extingir la relació laboral, sempre que deriven de la iniciativa de l'empresari i que afecten al menys cinc treballadors.

²⁰² NAVARRO NIETO, F, SÁEZ LARA, C, “La flexibilidad de la nueva relación de trabajo”, op.cit, pàg. 191. La confusa literalitat de l'art 51.1 quart paràgraf, pot conduir-nos a situacions difícilment comprensibles des de la perspectiva de l'esperit de la nova regulació de l'art 51 ET. Així doncs, podria passar que en una empresa de més de 50 treballadors, es produirien 9 acomiadaments per causes econòmiques, als quals hauríem d'acumular una baixa de comú acord. Però, aquesta situació no ens permetrà activar les garanties de l'art 51 ET.

²⁰³ OJEDA AVILÉS, A, “La configuración del despido colectivo”, en D.A, “El despido. Análisis y aplicación práctica”, op.cit, pàg. 498.

prejubilacions. La resta de supòsits analitzats: acomiadaments disciplinaris improcedents, acomiadaments fonamentats en un incompliment empresarial, dependrà de cada cas. Però en qualsevol cas, entraran en el còmput si realment amaguen un acomiadament per causes empresarials, malgrat la seua aparença formal.

2.4) L'ELEMENT TEMPORAL: EL PERÍODE DE REFERÈNCIA:

El període temporal de referència al qual estan vinculades les extincions té el seu origen en el Dret Comunitari, art 1.1 Directiva 98/59. Com en altres aspectes, l'art 51 ET no ha transposat aquesta regla de forma literal, més aviat ha conjugat els diferents criteris comunitaris i ha creat un concepte propi d'acomiadament col·lectiu²⁰⁴. Des del punt de vista comunitari, acomiadament col·lectiu és aquell “efectuat per un empresari, per un o diversos motius no inherents a la persona del treballador”, quan en un període de trenta dies es produeix un mínim de deu acomiadaments, en centres de vint-i-un a noranta nou treballadors. El 10% dels treballadors en centres de cent a docents noranta nou treballadors o trenta acomiadaments, en centres de tres-cents o més treballadors. Igualment existirà acomiadament col·lectiu quan en un període de noranta dies es produeix un mínim de vint acomiadaments, amb independència del número de treballadors que formen la plantilla del centre de treball, art 1 Directiva 98/59.

El legislador comunitari ofereix dos períodes de referència, sobre els quals han d'aplicar els percentatges anteriors. La norma comunitària atorga certa llibertat als Estats a l'hora de fer efectiu el contingut d'aquella norma, perquè en última instància són els Estats membres aquells que han de triar entre aquestes dues possibilitats. Sembla lògic que així siga, perquè les Directives no són disposicions directament aplicables als Estats membres, és necessari que les normes internes transposen als ordenaments nacionals el seu contingut.

Acollint-se a aquesta llibertat, el legislador intern va optar per la segona possibilitat: el període de noranta dies, però amb algunes peculiaritats. Aquesta possibilitat està plenament justificada, perquè les Directives estableixen condicions mínimes que els Estats poden millorar a través de disposicions legals, reglamentaries, administratives o convencionals²⁰⁵, disposició final 5^a, Directiva 98/59. Tanmateix, malgrat que els Estats gaudeixen d'aquesta possibilitat i tenen llibertat a l'hora de desenvolupar el règim jurídic dels acomiadaments col·lectius, perquè les Directives no estableixen mandats, sinó finalitats que els Estats han d'assolir a través dels seus mitjans. També és cert, que no qualsevol forma d'assolir aquells objectius s'ajusta al Dret Comunitari²⁰⁶.

²⁰⁴ OJEDA AVILÉS, A, “La configuración del despido colectivo”, en D.A, “el despido. Análisis y aplicación práctica”, op.cit, pàg. 493. El nostre legislador ha combinat les dues opcions comunitàries. Ha optat pel període de noranta dies i ha establert la graduació de l'indult de l'altra opció. Tenint en compte que les Directives permeten les normes més favorables però no les peyoratives, es tracta de comprovar si la nostra regulació millora o no la norma comunitària. Dit açò, sembla dubtós que pugem combinar, sense motiu, els elements que la Directiva ofereix per separat, al menys, que es tracte d'aconseguir un barem més favorable per als treballadors.

²⁰⁵ La Directiva 92/56 introduí la possibilitat de fomentar l'aplicació de disposicions convencionals més favorables per als treballadors.

²⁰⁶ STJCE, 8 de juny de 1982, Cas 91/81, Comissió vs. Itàlia. En aquesta resolució, la comissió estima que les disposicions italianes sobre aquesta matèria són insuficients per satisfer el conjunt d'exigències de la Directiva. Tant és així, que en el termini prescrit ha d'adoptar les disposicions necessàries a efecte d'ajustar-se íntegrament a les exigències comunitàries. El TJCE reconeix que la Directiva determina

Respectant les previsions comunitàries, el legislador intern ha volgut connectar les extincions a un element temporal i ha establert un arc temporal de referència de noranta dies, dins del qual haurem de realitzar els acomiadaments. Com el legislador no específica, hem d'entendre que es tracta de dies naturals²⁰⁷. Allò que es pretén a l'hora d'imposar un període de referència és evitar que un número determinat d'acomiadaments per causes empresarials, materialitzats dins del període de noranta dies, puguin eludir les previsions referents al procediment previstes en l'art 51 ET.

En qualsevol cas, el vertader problema que planteja la determinació del període de referència consisteix a concretar el criteri que hem d'utilitzar a l'hora de computar els esmentats noranta dies²⁰⁸. Segons es raona en alguna resolució judicial²⁰⁹, existeixen dues línies d'interpretació: en primer lloc, aquella que entén que el període inicial s'obri amb el primer acomiadament, conseqüentment hem d'acumular a aquest, els successius acomiadaments. I aquella que entén que la llei no estableix "dies ad quem". Afirmen que el període és la freqüència immediatament prèvia a la decisió d'iniciar el procediment previst per als acomiadaments col·lectius. Però això suposa que l'acomiadament ja està qualificat com a col·lectiu, per tant, en els supòsits controvertits, sembla que hem de considerar com a període de referència, el període que precedeix a cadascuna de les extincions per causes econòmiques.

Tanmateix, alguns autors entenen que el còmput opera en un doble sentit: cap al passat i cap a endavant. Considera que el període no té un valor absolut, aquest es determina de forma relativa respecte a la seqüència d'extincions computables. Per tal d'evitar allò que la Llei pretén evitar, cal admetre que qualsevol interval de noranta dies

l'àmbit d'aplicació de la noció "acomiadament col·lectiu" i deixa en mans dels Estats l'elecció dels dos criteris que es fixen. No obstant això, el Dret Comunitari no permet qualsevol actuació dels Estats. L'art 6 de la Directiva els obliga a posar en vigor, en el termini de dos anys, les disposicions legislatives, reglamentaries i administratives per tal d'ajustar-se a ella. Tenint en compte això, resulta que la legislació italiana és insuficient segons les exigències comunitàries, ja que en alguns sectors com l'agricultura o el comerç no gaudeixen d'una normativa tan completa com la recollida en la Directiva. A més, els convenis col·lectius italians no exigeixen la notificació escrita de l'empresari i el sistema italià no exigeix la intervenció de l'autoritat pública. La condemna imposada pel Tribunal fou reiterada en la STJCE, 6 novembre de 1985, cas 131/84. En un mateix sentit: STJCE, 28 de març de 1985, cas 215/85. Comissió vs Bèlgica. En aquest supòsit, el Tribunal entén que el dret belga no respon a totes les exigències de la Directiva 75/129. La reglamentació d'aquest país, destinada a posar en marxa l'esmentada norma, té un àmbit d'aplicació més restringit. El Dret belga no assegura, al nivell de la Directiva, ni la protecció dels treballadors en cas d'acomiadaments col·lectius derivats del tancament d'empreses no decidits judicialment. STJCE, 8 de juny de 1994, afer: C- Regne Unit de Gran Bretanya i Irlanda del Nord. El Tribunal condemna a aquest Estat, per considerar que ha incomplert l'obligació de l'art 2 i 3 de la Directiva 75/129, les seues disposicions tenen un àmbit d'aplicació més restringit que el previst en la Directiva. A més, ha incomplert les obligacions recollides en l'art 5 de l'esmentada norma.

²⁰⁷ STJ Catalunya, 29 de març de 1996, Ar 650, STJ de Galícia, 21 de novembre de 1996, Ar 3876.

²⁰⁸ MONEREO PÉREZ, J.L, FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A, "El despido colectivo en el derecho español", op.cit, pàg. 37: sembla que el dia "ad quem" és el del moment en què l'empresari presenta la seua sol·licitud davant l'autoritat laboral. En un mateix sentit: GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E, "La configuración del despido colectivo en el ET", op.cit, Pàg. 272-273. Altres consideren que el còmput ha de realitzar-se des que tenen lloc les primeres extincions a l'emparament de l'autorització: DEL REY GUANTER, S, "Los despidos por causas empresariales y fuerza mayor: líneas esenciales de la reforma, art 51 y 52.c, del ET, en D.A, VALDÉS DAL-RÉ, F, CASAS BAAMONDE, M.E, "La reforma del ET", Madrid, la Ley, 1994, pàg. 191. STSJ de Catalunya, 19 de juliol de 1995, Ar 3118.

²⁰⁹ STSJ de Catalunya, 19 de juliol de 1995, Ar 3118.

podrà ser escollit com a període de referència²¹⁰. Segons aquestes idees, el treballador acomiadat per causes econòmiques, tècniques, d'organització o de producció per la via de l'art 52.c ET, obriria un període de còmput de noranta dies cap a endarrere i cap a endavant per tal de veure, si en aquest període de temps s'han produït altres extincions contractuals computables en número suficient com per a exigir la necessitat d'haver-se formulat l'acomiadament com a col·lectiu²¹¹. Algunes sentències es pronuncien en aquest sentit²¹².

Altres autors s'inclinen per pensar que el procediment previst en l'art 51 ET serà obligatori quan en els noranta dies anteriors a una amortització es computen altres amortitzacions que superen el percentatge de l'art 51 ET²¹³. Segons expliquen, aquesta és la interpretació més adequada tenint en compte el tenor literal de l'art 51, que en definir les extincions computables es refereix a les ja produïdes en el període de referència²¹⁴. També algunes resolucions judicials s'inclinen per aquesta tesi²¹⁵.

En qualsevol cas, si tenim en compte que els llindars legals es poden assolir amb una única decisió empresarial o a través de successius acomiadaments, sembla raonable pensar que qualsevol acomiadament per causes empresarials permet al treballador afectat analitzar, tant cap a endarrere com cap a endavant, si en un període de noranta dies s'han produït acomiadaments suficients per considerar que estem davant un acomiadament col·lectiu. En efecte, el treballador acomiadat per causes relacionades amb el funcionament de l'empresa, ha d'analitzar si en un període de noranta dies anterior al seu acomiadament, s'han produït determinat número d'acomiadaments que han de ser computats²¹⁶. Si en aquell interval de temps, existeixen extincions

²¹⁰ GOERLICH PESET, J.M, "Los despidos Colectivos", en D.A, "La reforma del Estatuto de los Trabajadores", op.cit, pàg. 129.

²¹¹ ALBIOL MONTESINOS, I, "Derecho del Trabajo", op.cit, pàg. 645. MEDIAVILLA CRUZ, M^aL, ARADILLA MARQUÉS, M^aJ, "Despidos colectivos: concepto y cómputo del período de 90 días", en D.A, "La nueva regulación de las relaciones laborales", op.cit, pàg. 241 i 242. NORES TORRES, L.E, "El período de consultas en la reorganización productiva empresarial", op.cit, pàg. 65. RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M^a, "El despido por causas objetivas y la amortización del puesto de trabajo", en D.A, "Comentarios a la leyes laborales", op.cit, pàg. 66.

²¹² STSJ Andalusia, 21 de maig 1997, Ar 1918: El període de noranta dies juga en una doble direcció: cap a endavant i cap a endarrere. Cal mirar si als 89 dies anteriors s'han produït un número necessari d'acomiadaments i cal observar si en els 89 dies següents es produeixen nous acomiadaments, que sumats a aquells fan que es supere els llindars legals. Altres consideren que el còmput temporal es projecta cap al passat.

²¹³ NAVARRO NIETO, F, "Los despidos Colectivos", op. cit., pàg. 104. MARTÍNEZ ABASCAL, J.V, "La extinción del contrato de Trabajo", en D.A, "Las reformas laborales de 1994 y 1997", op.cit, pàg. 253: La jurisprudència accepta de forma pacífica, la tesi que acollís el període de noranta dies immediatament anteriors a la data de la decisió d'extinció, un període dins del qual han de computar-se els acomiadaments produïts per iniciativa de l'empresari. SALA FRANCO, T, "La extinción del contrato de trabajo por voluntad del empresario", en D.A" Guía práctica de la extinción del contrato de trabajo", op.cit. pàg. 115: Es tracta de valorar el caràcter col·lectiu o plural/individual d'un acomiadament concret, per tant, el període de noranta dies computables serà l'anterior a la data de l'acomiadament.

²¹⁴ BADIOLA SÁNCHEZ, AM^a, "La nulidad de la extinción en el contrato de trabajo", op.cit, pàg. 466.

²¹⁵ STJ de Catalunya, 29 de març de 1996, Ar 650, STJ Galícia, de 21 novembre de 1996, Ar 3876.

²¹⁶ En contra d'aquest plantejament: GONZÁLEZ.POSADA MARTÍNEZ, E; "La configuración del despido colectivo en el Estatuto de los Trabajadores", op.cit, pàg. 370 i 371. Considera que el període de noranta dies comença amb el primer acomiadament autoritzat, quan no està establerta la data de l'acomiadament amb caràcter previ. No obstant, podria quedar en mans de l'empresari l'inici del període assenyalat. Aquesta afirmació és coherent amb el règim jurídic vigent, ja que ni la intenció d'efectuar un acomiadament col·lectiu per part de l'empresari qualifica la seua existència, ni les extincions efectuades amb caràcter previ a la sol·licitud, en un període de noranta dies, es poden tenir en consideració, perquè

contractuals que addicionades a l'acomiadament per causes empresarials fan que es supere els llindars legals, el treballador podrà sol·licitar la nul·litat de la seua extinció aplicant l'art 124 LLPL.

A més d'aquest anàlisi retroactiu, el treballador podrà plantejar-se la pròpia naturalesa del seu acomiadament analitzant, si en els següents noranta dies es produeixen extincions suficients per tal de considerar que estem davant un acomiadament col·lectiu. Aquest plantejament em sembla raonable amb la mateixa lògia de l'art 51 ET, ja que allò que es pretén evitar vinculant les extincions a un element temporal, és que a través del fraccionament dels acomiadaments eludim un procediment més complex, però amb majors garanties.

Així doncs, una vegada hem arribat a aquest punt, cal plantejar les conseqüències jurídiques que es deriven d'aquesta actuació empresarial, és a dir, quan l'empresari procedeix a fraccionar els acomiadaments per causes empresarials via art 52.c ET i supera els llindars legals dins del període de noranta dies. En principi, està més o menys clar que les extincions que superen els llindars legals tenen la naturalesa d'acomiadaments col·lectius, conseqüentment han de ser reconduïdes a través del procediment de l'art 51 ET i serà obligatòria l'autorització administrativa. En cas d'eludir el procediment, l'acomiadament serà declarat nul²¹⁷, art 122.d LLPL i com prescriu l'art 124 LLPL, la declaració de nul·litat podrà ser *d'ofici o a instància de part*.

Segons aquestes idees, l'art 124 de la LLPL inclouria diferents supòsits de nul·litat. La declaració de nul·litat afectaria aquells acomiadaments de caràcter col·lectiu que s'han produït sense l'oportú expedient administratiu²¹⁸. Serien nuls també, en base a l'art 124 LLPL, aquells supòsits en què s'inicia l'expedient, però els acomiadaments es produeixen abans d'obtenir l'autorització administrativa²¹⁹. Però, la mateixa qualificació han de tenir aquells supòsits on l'empresari inicia el corresponent expedient de regulació d'ocupació, però aquest finalitza amb la denegació per part de l'Administració i malgrat tot l'empresari procedeix a l'acomiadament. Aquests serien nuls perquè s'han produït sense autorització, art 124 LLPL. En tot cas, sobre aquestes qüestions tornarem més endavant.

Ara bé, el problema va més enllà, és a dir, la disjuntiva es planteja a l'hora de determinar que ocorre amb les extincions que s'han produït dins del període de referència i han estat tramitades a través de l'art 52.c ET. Es tracta de determinar el que ocorre amb aquelles amortitzacions que han estat necessàries per poder qualificar com a acomiadament col·lectiu, les extincions que han superat els llindars legals.

estant fonamentades en causes econòmiques, tècniques, d'organització o de producció i han de ser objecte d'una prèvia instrucció d'expedient de regulació d'ocupació, o s'haurien d'haver tramitat per l'art 52.c ET. En contra: NAVARRO NIETO, F, "El despido colectivo", op.cit, pàg. 98 i 98: L'art 51 configura inicialment un acomiadament com a col·lectiu per la producció efectiva d'un número determinat d'extincions. No obstant això, també encaixarien en el seu règim jurídic tot *projecte* empresarial d'acomiadament que previsiblement superarà els llindars numèrics establerts. Per tant, si bé l'art 51 presumeix la producció efectiva d'extincions, altres apartats de l'art 51 prenen com a referència el supòsit *de previsió*. En síntesi, la regulació de l'art 51 es basa en una previsió de futur que exigeix ser anunciada. Un projecte que es sotmet a un procediment de negociació i a una autorització administrativa.

²¹⁷ STS, 15 de juny de 1992, Ar 4576, STS, 31 de gener de 1992, Ar 142, STS, 26 setembre de 1992, Ar 7368.

²¹⁸ STS, 28 març de 1986, Ar 2736, 26 de setembre de 1992, Ar 7368, STSJ Aragó, 10 novembre 1993, Ar 4799.

²¹⁹ STSJ, Andalusia, 3 de novembre de 1993, Ar 4964.

Des del meu entendre, en el fraccionament d'aquests acomiadaments existeix una intenció fraudulenta subjacent que consisteix a evitar un procediment més llarg i complex, però amb majors garanties. En aquest sentit, algun autor considera²²⁰ que la hipòtesi consistent en el fet que la nul·litat, art 124 LLPL, només afectaria els acomiadaments que superen els llindars legals de l'acomiadament col·lectiu, però no els anteriors produïts dins del període de referència, malgrat que és coherent amb el principi de seguretat jurídica, sembla que es contraria a l'esperit del mateix art 51 ET.

És a dir, la valoració de la decisió d'extinció no ha de realitzar-se només des de la perspectiva de la seua eficàcia sobre les relacions contractuals, la valoració s'hauria de realitzar des del punt de vista de la seua incidència en l'interès col·lectiu en l'aplicació d'un procediment de gestió de l'ocupació i del dret dels treballadors individuals a beneficiar-se de les previsions d'atenuació de les conseqüències de l'acte d'extinció. Si seguim amb aquesta argumentació, davant aquest supòsit cabria aplicar l'art 124 LLPL i declarar nul·les les extincions tramitades per la via de l'art 52.c ET i produïdes dins del període de referència.

Segons argumenten en alguna resolució judicial²²¹, la hipòtesi consistent en el fet que la nul·litat només afecta les noves extincions i no les produïdes amb anterioritat, encara que és una conclusió que es desprèn de la literalitat de la norma, és poc convincent. Aquella hipòtesi xoca amb la idea mateixa del frau realitzat. En realitat, el frau resulta d'una operació de conjunt que afecta tant les noves com les anteriors extincions. Existeix frau, perquè unes i altres queden separades per tal d'eludir el procediment. Si allò que es tracta és d'evitar el frau, de poc servirà declarar nul·les només les noves. En contra d'una lectura literal del precepte, cap preguntar-se si aquest no s'ha limitat simplement a aclarir la qualificació de les noves extincions, però és possible una lectura a "sensu contrari".

No obstant, aquesta solució planteja alguns dubtes. En principi, cabria la possibilitat que els treballadors acomiadats per la via de l'art 52.c ET dins del període de referència, es replantejaren la naturalesa de les seues extincions. Ara bé, aquesta possibilitat estaria limitada pel termini de caducitat de l'acció. Recordem que l'exercici de l'acció contra l'acomiadament caduca als vint dies següents a la data en què es produí, art 59.3 ET, i 121 LLPL²²². També és cert, que no tots troben un obstacle en el termini de caducitat de l'acció²²³.

²²⁰ NAVARRO NIETO, F, SÁEZ LARA, C, "La flexibilidad en la nueva relación del trabajo", Premi Rafael Martínez Emperador, op.cit, pàg. 184.

²²¹ TSJ Andalusia, 21 de maig de 1997, Ar 1918.

²²² GOERLICH PESET, J.M, "El despido Colectivo", en D.A, "La reforma del Estatuto de los Trabajadores", op.cit, pàg. 130, considera que el termini de caducitat de l'acció front l'acomiadament per causes objectives no ha variat, per tant, es veurà obligat a formular la demanda abans que finalitze els noranta dies, sense conèixer si té o no la possibilitat de demanar la nul·litat per defectes formals en la tramitació de l'acomiadament col·lectiu.

²²³ NORES TORRES, L.E, "El período de consultas en la reorganización productiva empresarial", op.cit, pàg. 68 i 69: Apunta que el termini de caducitat de l'acció, art 59 ET, no planteja massa problemes a efectes que el treballador acomiadat per una decisió individual, aconsegueix que declaren la nul·litat quan l'acomiadament arribe a ser col·lectiu. Estima que la solució no planteja massa problemes quan el caràcter col·lectiu l'aconseguim abans que dicten una sentència que finalitza el procés seguit després de la inicial decisió individual. Mitjançant una "interpretació generosa" dels art 81 i 83 LLPL podrien sol·licitar una ampliació de la demanda a efectes d'incorporar aquests nous fets. Els problemes es poden plantejar quan ja han dictat sentència.

Altres en canvi consideren que en aquests supòsits, els treballadors que han estat acomiadats dins del període de referència, podran accionar amb una causa i termini de caducitat que té la seua explicació en l'acomiadament col·lectiu, al marge de la caducitat de l'acció o de l'efecte de cosa jutjada derivats d'una extinció individual que trobava emparament en l'art 52.c ET²²⁴

En qualsevol cas, la situació processal d'aquests treballadors és complexa, perquè ens podem trobar amb una diversitat de situacions: uns poden haver impugnat l'acomiadament i haver obtingut la improcedència, altres poden haver finalitzat en conciliació, altres poden no haver impugnat per haver caducat l'acció i altres poden tenir el termini d'impugnació obert. Segons defèn, només en aquest darrer cas podran demandar i sol·licitar la nul·litat de l'art 124 LLPL²²⁵.

5.3) LA NUL·LITAT PER FRAU DE LLEI: L'ART 51.1 CINQUÈ PARÀGRAF:

La previsió recollida en l'art 51.1 ET esdevé insuficient a efecte d'evitar possibles conductes fraudulentas. Tal vegada, el legislador era conscient d'aquesta situació i per tal d'evitar aquells comportaments va incloure una nova regla. Podríem dir doncs, que la previsió recollida en l'art 51.1 ET no és l'única regla temporal que haurem de tenir en compte, a més a més, haurem de tenir present la previsió recollida en l'art 51.1.5 paràgraf ET. En aquest sentit, l'art 51.1.5 paràgraf ET introdueix una mena de mesura cautelar, en virtut de la qual considera realitzades en frau de llei i per tant nul·les, les extincions produïdes segons l'art 52.c ET i en número inferior als percentatges legals, si es produeixen en períodes successius de noranta dies, sense que es donen causes noves que justifiquen aquestes extincions²²⁶.

Després d'analitzar aquests preceptes, hem de deduir que són tres els requisits que són necessaris per a entendre que existeix frau de llei. En primer lloc, és necessari que les esmentades extincions es realitzen en períodes successius de noranta dies. En segon lloc, cal que la via utilitzada siga l'art 52.c ET. I en tercer lloc, és necessari que no es donen causes noves que justifiquen aquelles extincions.

Respecte al requisit temporal hem de diferenciar les dues regles recollides en l'art 51 ET. En aquest precepte el legislador ha establert dues regles temporals: la primera d'elles, art 51.1 ET, fa referència a un període de temps definit. Concretament es refereix a un cicle complet i tancat de noranta dies, de tal forma que aquest constitueix una unitat de temps perfecta i autònoma. La segona regla temporal, art

²²⁴ NAVARRO NIETO, F, SÁEZ LARA, C, "La flexibilidad en la nueva relación del trabajo", Premi Martínez Emperador, op.cit, pàg. 185.

²²⁵ MEDIÁVILLA CRUZ, M^L, ARADILLA MARQUÉS, M^J, "Despidos colectivos: concepto y cómputo del período de 90 días", en D.A, "La nueva regulación de las relaciones laborales", op.cit, pàg. 242.

²²⁶ BADIOLA SÁNCHEZ, AM^a, "La nulidad de la extinción en el contrato de trabajo". op.cit, pàg. 429 i 430. Els fronts oberts a la nul·litat per frau de llei es canalitzaven per una doble via: 1). Aquella que prohibia extincions arbitrades a l'emparament d'imputacions disciplinaries que no tenien cap suport fàctic. 2) I aquella que impedia extincions arbitrades a l'emparament d'imputacions disciplinaries que pretenien eludir el procediment previst per als acomiadaments col·lectius. Del joc conjunt de totes les esmentades nul·litats i a causa del nou paràmetre conceptual que reservem a l'acomiadament col·lectiu, sorgeix expressament aquesta nul·litat denominada per frau de llei. En el fons no és més que una nul·litat per incomplir els requisits formals que imposa l'acomiadament col·lectiu.

51.1.5 paràgraf ET, fa referència a uns períodes de temps on allò fonamental és la idea de continuïtat. Es tracta doncs, de períodes de temps que es succeeixen uns a altres, de tal forma que estarem davant aquest supòsit, quan la suma de les extincions en els períodes successius de noranta dies superen els llindars legals.

Segons expliquen en alguna sentència²²⁷: es produiran les conseqüències previstes en el sisè paràgraf de l'art 51 ET, quan els acomiadaments es realitzen en períodes successius de noranta dies. No cap la seua aplicació quan l'empresa respecta aquest marge temporal o quan reitera acomiadaments per aquesta causa, però no els realitza dins de períodes de temps successius. Per altra part, si el legislador expressament regula unes cauteles concretes destinades a evitar el frau de llei i alhora limita el seu abast a períodes successius de noranta dies, no podem fer una interpretació extensiva de la prohibició, perquè ens portaria a considerar computables qualsevol extinció contractual anterior, amb independència del moment en què s'ha produït.

El legislador limita el frau a una fracció determinada de temps: "períodes successius de noranta dies". No es possible fer una interpretació extensiva d'aquesta regla i declarar nul·la per fraudulenta qualsevol extinció produïda en qualsevol moment. El legislador impedeix que estenguem els efectes d'aquesta declaració a qualsevol acomiadament i impedeix alhora que ens remuntem indefinidament en el temps. No podem aplicar la regla recollida en l'art 51.1 ET quan l'empresari trenque la cadena temporal.

Així doncs, aquesta regla significa que produïts uns concrets acomiadaments hem de mirar cap endarrere i observar si en els precedents 169 dies s'han produït altres acomiadaments per les mateixes causes. Alhora, mirant cap endavant hem d'observar si en els successius 179 dies es produeixen altres acomiadaments per les mateixes causes. Allò que vol la norma és evitar tota conducta fraudulenta. Per altra part, aquest precepte exigeix la concurrència de tres requisits: un temporal: les extincions que hem de tenir en compte s'han de realitzar en successius i immediats períodes de noranta dies. Altre numèric: el total de contractes extingits ha de superar els límits de l'art 51.1 ET. I altre causal: els nous acomiadaments no han d'estar fonamentats en causes noves²²⁸.

Per altra banda, la regla recollida en l'art 51 ET, quan es refereix a la fracció de temps, en la qual s'ha de produir el frau, parla en plural. Per tant, serà necessari que com a mínim els acomiadaments tramitats per la via de l'art 52.c ET es realitzen en dos períodes successius. És important assenyalar, que a efectes de verificar l'existència del frau només tindrem en compte les extincions emparades en l'art 52.c. Però a més, serà necessari que les esmentades extincions superen els llindars legals establerts en l'art 51 ET.

La concurrència d'aquestes circumstàncies fan que el legislador considere que aquestes extincions s'han realitzat en frau de llei, perquè allò que es pretén és eludir les previsions legals establertes per als acomiadaments col·lectius. Però a més, la nul·litat d'aquelles extincions per fraudulentes exigirà, a més dels requisits analitzats anteriorment, la concurrència d'un requisit causal. És necessari que ambdues classes d'extincions: les tramitades a través de l'expedient de regulació i les produïdes a

²²⁷ STSJ Catalunya, 2 de novembre de 1996, Ar 4083.

²²⁸ STSJ Andalusia, 21 de maig 1997, Ar 1918, STSJ Catalunya, 1 octubre de 1996, Ar 3894.

l'emparament de l'art 52.c ET, en períodes successius de noranta dies, es fonamenten en les mateixes causes.

Tanmateix, no s'exigeix la necessitat d'acreditar un especial ànim fraudulent de l'empresa per tal d'apreciar la nul·litat de l'extinció per frau de llei. És suficient amb les dades objectives que acreditin que han eludit el procediment de l'art 51 a través d'extincions emparades en l'art 52.c ET. Tampoc s'exigeix reiteració en la conducta empresarial. Tampoc cal, per poder apreciar frau de llei, que totes les extincions en els successius noranta dies les tramiten a través de l'art 52.c ET²²⁹.

La cobertura de l'art 52.c ET obri un període de noranta dies cap endavant i cap endarrere, en el qual computarem la totalitat de les extincions. Si en el còmput assolirem els llindars de l'art 51 ET es desprendria la necessitat d'acudir als tràmits dels acomiadaments col·lectius per a totes les extincions. Si no ho fem, les noves extincions no fonamentades en causes noves serien declarades nul·les i sense efectes. Per altra part, les successives extincions han de tenir com a objectiu eludir l'aplicació de la norma, una circumstància que hem de presumir. A més, la regla opera automàticament, quan aquella actuació es realitza en períodes successius de noranta dies:

A més d'aquests requisits, la regla exigeix que es done un requisit causal. Allò que prohibeix aquesta regla no són les extincions posteriors que es puguin produir a l'emparament de l'art 52.c ET, sempre que responguen a noves situacions de dificultats que afecten l'empresa i que posen en relleu la necessitat de realitzar nous acomiadaments. Allò que prohibeix aquesta regla són els acomiadaments que impliquen una continuïtat de la situació que justificà els acomiadaments anteriors, és a dir, aquells que es fonamenten en una manifestació de l'anterior situació o en una variació de la causa original.

Els tribunals²³⁰ exigeixen que la concurrència de causes noves que justifiquen els successius acomiadaments han de ser el resultat de circumstàncies diferents a les que concorrien amb anterioritat. A més, han de tenir virtualitat i eficàcia suficient a efectes de poder considerar-les com a causes substancials. En definitiva, s'ha de tractar de circumstàncies que impliquen importants alteracions de l'anterior situació de l'empresa. Per poder considerar procedents els nous acomiadaments hem de poder apreciar l'existència d'una nova i originària circumstància inexistent anteriorment.

En darrer lloc, també en aquest supòsit es planteja el problema relatiu a la qualificació dels acomiadaments. Sembla que l'art 51.1.5 ET ha volgut limitar la qualificació de nul·litat a les noves extincions, així es desprèn d'una interpretació literal del precepte. Així doncs, queda el dubte sobre la qualificació que mereixen aquelles

²²⁹ STSJ de Cantàbria, 24 de març 1997, (1140), AL, 1997, nº31. STSJ Catalunya, 2 de novembre de 1996, Ar 4083.

²³⁰ STSJ Catalunya, 30 octubre de 1996, Ar 4816, STSJ Catalunya, 20 de març de 1996, Ar 645 i STSJ de Catalunya, 1 octubre de 1996, Ar 3894. En aquesta darrera sentència, el tribunal estima que no concorren causes noves que justifiquen els acomiadaments. Tots els acomiadaments acordats per l'empresa tenen un únic i mateix fonament: la negativa situació econòmica que passa l'empresa a conseqüència del desens de vendes. Continua el Tribunal dient, que no podem considerar que concorre una causa nova pel simple fet que l'empresa haja especificat en cadascun dels acomiadaments, que la causa que el justifica és que resulta innecessari els serveis del treballador en el seu concret lloc de treball, perquè tots ells troben el seu origen en una mateixa situació econòmica, que es manté amb caràcter unitari durant els noranta cinc dies que han passat des del primer acomiadament fins l'acomiadament del demandant.

altres extincions que s'han produït a l'emparament de l'art 52.c ET. De nou la doctrina científica ha plantejat la possibilitat de declarar nul·les aquestes extincions via art 124 LLPL per no haver-se tramitat l'oportú expedient de regulació.

Alguns autors consideren que la valoració jurídica que mereix la resta d'extincions (realitzades dins del primer període de noranta dies), és aliena a aquella concreta previsió estatutària, perquè per a elles cabria presumir la nul·litat a través de l'art 124 LLPL²³¹. Segons expliquen, considerar nul·les per fraudulentas només les noves extincions xoca amb la idea del frau realitzat. Si allò que volem és evitar el frau, de res servirà que declarem nul·les només les noves extincions. En realitat, si existeix frau és, perquè les noves extincions no havien d'haver-se retardat, més aviat s'haurien d'haver acumulat amb les prèvies, i per tant, el conjunt havia d'haver-se tramitat a través de l'expedient²³².

Segons mantenen en alguna resolució judicial²³³, tota interpretació ha d'ajustar-se als valors constitucionals. No es podria entendre la discriminació que es produiria entre determinats treballadors subjectes tots ells a un acomiadament col·lectiu amb fonaments en les mateixes causes. Per això mateix, no només hem de qualificar com a nul·les per ser fraudulentas les que sobrepassen un determinat número dins del mateix període.

En canvi, alguns autors mantenen més reserves sobre aquesta possibilitat i entenen que allò més convenient seria declarar nul·les totes les extincions, però estimen que els problemes que comporta aquesta afirmació, des del punt de vista de la seguretat jurídica i de la prescripció de l'acció, no ho fan possible. La nul·litat només afectarà les extincions produïdes en el darrer període de noranta dies²³⁴.

4. L'ÀMBIT D'AFECTACIÓ DELS ACOMIADAMENTS COL·LECTIUS: ELS GRUPS D'EMPRESA:

A diferència d'allò que recull la Directiva 98/59, l'art 51 ET considera l'empresa com l'àmbit d'afectació dels acomiadaments. Serà l'empresa i no el centre de treball on s'han de concretar els requisits numèrics i causals. Inclús quan l'empresa compte amb diferents centres de treball²³⁵.

²³¹ NAVARRO NIETO, F, "Los despidos colectivos", op.cit, pàg. 122. NAVARRO NIETO, F, SÁEZ LARA, C, "La flexibilidad en la nueva relación del trabajo", op.cit, pàg. 186.

²³² RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M^a, "El despido por causas objetivas y la amortización del puesto de trabajo", en D.A, "comentarios a la leyes laborales", op.cit, pàg. 67 i 68.

²³³ STSJ Andalusia, 21 de maig de 1997, Ar 1918, i STSJ Catalunya, 19 de juliol de 1995, Ar 3118.

²³⁴ BADIOLA SÁNCHEZ, A.M, "La nulidad de la extinción del contrato de trabajo", op.cit, pàg. 438 i 439. GOERLICH PESET, JM^a, "El despido colectivo", en D.A, "Comentarios a las leyes laborales", op.cit, pàg. 133.

²³⁵ STSJ Castella i Lleó, 27 de juny de 1997, (1652), AL n°44, 1997. El tribunal entén que les perdudes en un centre de treball no justifiquen l'acomiadament, sobretot quan l'empresa té beneficis. El Tribunal arriba a aquesta interpretació després d'un anàlisi literal del precepte i per tenir en compte el context i els antecedents històrics i legislatius. Considera l'òrgan judicial que si el legislador hagués volgut vincular la concurrència de la causa al centre de treball, hauria transposat al nostre ordenament intern la regulació europea, però no fou així. Per tant, l'al·lusió a l'empresa no fou un oblit del legislador, en realitat fou una manifestació de la seua voluntat. El legislador volgué regular l'acomiadament col·lectiu tenint en compte la situació econòmica de l'empresa. STS, 14 de maig 1998, Ar 5650: La situació econòmica negativa ha d'afectar l'empresa en el seu conjunt. Hem de comparar beneficis i perdudes a nivell global. STS, 19 de març de 2002, (J514), IL, 2002. I la STS, 12 de febrer de 2002, (J333), IL 2002. Aquestes resolucions

Malgrat aquesta diferència respecte al Dret Comunitari, aquesta pot estar justificada, si pensem que aquesta elecció és una opció més beneficiosa per als treballadors, ja que per poder realitzar un acomiadament col·lectiu, exigim a l'empresari que acredite l'existència d'un desequilibri estructural de l'empresa, que constitueix una amenaça per a la seua continuïtat futura. Però a més, com va dir el TS en una ocasió, si exigirem que el desequilibri es produïra en un centre de treball, les mesures de l'acomiadament no podrien afectar els treballadors d'aquells centres que tenen beneficis.

En qualsevol cas, les diferents problemàtiques que envolten aquests acomiadaments es poden tornar més complicades, quan estem davant empreses amb una estructura complexa. La realització de la prestació laboral i les diferents vicissituds que poden afectar el contracte de treball, per raons obvies, poden plantejar més problemes quan la realització de la relació laboral es desenvolupa dins d'aquestes xarxes empresarials.

Aquest fenomen no és nou, però la mundialització de l'economia i el conseqüent augment de la competitivitat entre les empreses ha provocat que comencen a proliferar aquestes agrupacions empresarials que poden adoptar formes molt diverses²³⁶. Tenint en compte les relacions que mantenen les diferents empreses i el grau de dependència i subordinació podem trobar grups d'empresa subordinats o verticals, coordinats o horitzontals, centralitzats o descentralitzats. Aquests podran ser financers o industrials. Tenint en compte l'àmbit en el qual actuen, aquests grups poden ser: nacionals, regionals o internacionals. En qualsevol cas, l'objectiu sempre serà el mateix: dotar l'empresa d'una major capacitat a l'hora d'adaptar-se als canvis del mercat i millorar la seua competitivitat.²³⁷

Així doncs, per tal d'adaptar-se a l'entorn econòmic, les empreses no dubten en agrupar-se, traslladar les instal·lacions o part del procés productiu amb l'objectiu de millorar la seua competitivitat. Aquestes agrupacions empresarials són molt conscients que ja no resulta tan rendible reservar-se tot el procés productiu dels béns o mercaderies. Tal vegada, genera més beneficis quedar-se amb el cicle bàsic i traslladar

matissaren aquesta doctrina assenyalant que aquesta doctrina només correspon a la causa econòmica, no és extensible a la resta de causes.

²³⁶ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F, "La filiación de la empresa", AL, 1999, pàg. 534. Les noves economies d'escala han provocat que grans corporacions industrials realitzen canvis importants en la seua estructura tenint com a referència el model de l'empresa Red. Des de General Electric o IBM fins a ZARA, passant per ABB o telefònica, la tendència sembla universal: es fragmenta l'estructura empresarial en una sèrie d'empreses menors i són titulars d'elles unes societats creades "ad hoc", amb interessants participacions d'accions creuades i amb relacions econòmiques de col·laboració entre elles. En paral·lel, reajusten l'estructura productiva i de serveis d'aquestes empreses basant-se en els segments del cicle de més valor i externalitzen la resta.

²³⁷ MOLINA NAVARRETE, C, "Los despidos "por causas empresariales", en el ámbito de las empresas con estructura de grupo", TS, 1999, n°98, pàg. 20. Aquest autor apunta que són tres els avantatges que presenta el grup d'empreses: queda garantit un alt grau de flexibilitat d'organització i de gestió, compleix amb les exigències de fraccionament i socialització dels riscos d'empresa i permet notables beneficis de naturalesa financera (el grup com garantia de solvència empresarial). PALAU MORENO, G, "Los grupos de empresas multinacionales y el contrato de individual de trabajo", València ed. Tirant lo Blanch, 2000, pàg. 19: Des del punt de vista d'aquest autor, els grups d'empresa són una estructura organitzada idònia per complir amb les exigències del mercat, perquè permet el creixement internacional de l'empresa i la concentració de capital.

la resta del procés productiu a països amb més avantatges fiscals, no massa preocupats per les exigències mediambientals i més “interessants” des del punt de vista laboral.

Per altra banda, dins d'aquestes complexes xarxes empresarials, cada vegada és més complicat garantir als treballadors la participació en l'empresa i assegurar-los els drets d'informació i consulta en relació amb l'evolució de l'empresa o la consulta en els processos de reestructuració. Per tant, no és estrany que la doctrina laboral s'acoste a aquest tema amb certa preocupació i tracte d'atribuir al grup d'empreses una personalitat jurídica unitària, quan es donen determinades circumstàncies. A més, si tenim present que no existeix un marc legal que aborde aquest fenomen de forma global, ni a nivell nacional ni comunitari ni internacional, els temors estan totalment fundats.

L'actualitat del tema que seguidament s'analitzarà i les repercussions que té en l'ordenament laboral, fan convenient que l'abordem des de dues perspectives diferents, però com veurem, íntimament relacionades. És per això que cal estudiar el fenomen dels grups d'empresa des de la normativa comunitària i des del nostre ordenament jurídic i fer un replantejament general en el cas de les empreses multinacionals.

4.1) ELS PRIMERS INTENTS COMUNITARIS PER TAL DE REGULAR ELS GRUPS D'EMPRESA:

Des de temps enrera, les instàncies comunitàries han tractat de sotmetre a algun tipus de control a aquestes grans agrupacions empresarials i sobretot han tractat d'articular mecanismes destinats a garantir els drets d'informació i consulta en aquestes xarxes empresarials. Per diferents motius que escapen d'aquest anàlisi, els diferents projectes que des de diferents perspectives han intentat apropar-se a aquestes agrupacions empresarials han fracassat o han seguit un camí ple de complicacions i dificultats. No obstant això, considere convenient analitzar breument les diferents propostes que des d'aquestes instàncies han realitzat sobre el tema en qüestió.

Com comentava, les diferents propostes comunitàries que han tractat de regular la participació dels treballadors als grups d'empresa han seguit un llarg procés de fracassos, paralitzacions i modificacions. Aquesta situació posa en relleu que el Dret Social Europeu no ha seguit el mateix ritme que han seguit les polítiques econòmiques comunitàries. No hem d'oblidar, que l'actual Comunitat Europea va néixer amb una vocació econòmica. Aquesta vocació i finalitat estava recollida en l'art 2 del Tractat Constitutiu de la CEE, en ell ens informaven que “ la creació de la CEE pretenia promoure un desenvolupament harmoniós de les activitats econòmiques, una expansió continua i una estabilitat creixent entre els Estats”.

Així doncs, que fins als anys setanta les propostes comunitàries a nivell social van ser més aviat escasses. No obstant això, a partir dels setanta i sobretot a partir de l'aprovació del primer Programa d'Acció Social de 1974²³⁸ es va crear la sensació que

²³⁸ El primer Programa d'Acció Social fou aprovat pel Consell el 21 de gener del 1974. DOCE 12 febrer de 1974. El seu objectiu era desenvolupar el conjunt de matèries socials prestant especial atenció a quatre objectius socials: la realització de la plena ocupació, la millora de les condicions de vida i de treball, la participació dels treballadors en l'empresa i el diàleg social. Com apunta GÓMEZ GORDILLO, R, “El comitè de empresa europeu”, Madrid, ed. CES, 2003, pàg. 42. El resultat que més desil·lusions generà en relació amb el Programa corresponia al terreny dels drets col·lectius dels treballadors en l'empresa. Les

les regulacions comunitàries podien anar per altre camí. Aquell programa pretenia un desenvolupament del conjunt de les matèries socials i prestava especial atenció a quatre objectius d'entre els quals, hem de destacar la participació dels treballadors a l'empresa. Dins d'aquest context, des de la perspectiva del Dret de Societats i des del Dret Social Comunitari, començaren a sorgir els primers intents per articular mecanismes d'informació i consulta amb els treballadors dins dels grups d'empresa.

Originàriament, des del Dret de Societats les propostes anaven dirigides cap a dues direccions: crear una *societat anònima europea*, és a dir, un model de societat mercantil regulat per un Estatut únic capaç d'actuar amb major eficàcia en el tràfic mercantil i capaç d'assegurar alhora, la participació dels treballadors en aquella societat a través de mecanismes d'informació i consulta. I en segon lloc, els propòsits anaven dirigits a harmonitzar el Dret de Societats entre els diferents Estats membres.

En relació amb els intents de crear una societat anònima europea, trobem la Proposició de reglament del Consell relatiu a l'estatut d'una societat anònima europea, de 30 de juny de 1970²³⁹, la Proposició modificada de reglament sobre l'estatut de la societat anònima europea, de 13 de maig de 1975, la Proposta de 5^a directiva de 1972, sobre l'estructura i òrgans de la societat anònima europea, modificada per la Proposició de 19 d'agost de 1983. En tots aquests projectes es preveia, d'alguna o d'altra forma, la participació dels treballadors en aquella societat. Possiblement el mecanisme previst en la Cinquena Directiva era més ambiciós. Aquesta darrera norma preveia un únic model de societat, que s'articulava en dos òrgans: el Consell de Direcció, que assumia les funcions de gestió de la societat i el Consell de vigilància, que controlava al primer i on participaven els representants dels treballadors. A més, la norma preveia que davant una reestructuració empresarial proposada per la Direcció, calia consultar aquest òrgan.

Totes aquestes mesures van fracassar, de tal forma, que els intents per crear una societat d'aquesta naturalesa i assegurar la participació dels treballadors en ella van ser abandonats a principis dels vuitanta i no va ser fins a finals d'aquells anys, quan les instàncies comunitàries tornaren a reprendre aquell projecte.

Des de la perspectiva del Dret Social, la participació dels treballadors a l'empresa es pretenia aconseguir a través de la creació del Comitè d'Empresa Europeu. L'objectiu era crear un òrgan capaç d'accedir als reals centres de decisió dins de les empreses amb estructura complexa, per poder accedir a la informació rellevant sobre aquelles decisions que poden afectar les relacions laborals. Les instàncies comunitàries eren conscients que dins d'una economia mundialitzada on començaven a proliferar els grans grups d'empreses, els instruments internacionals²⁴⁰ eren més aviat ineficaços a l'hora d'assegurar els drets d'informació i consulta dels treballadors. A més, era necessari harmonitzar les legislacions dels Estats sobre aquestes qüestions.

ambicioses propostes sobre la participació dels treballadors pretenien ser una manifestació decisiva, i foren rebutjades frontalment i van rebre nombroses crítiques i no només des dels ambients més conservadors.

²³⁹ DOC 124, 10 octubre de 1970.

²⁴⁰ Declaració tripartida de principis sobre les empreses multinacionals i la política social. Elaborada pel Consell d'Administració de l'OIT, 1977.

Els primers intents per assegurar els drets d'informació i consulta dins del grups d'empreses sorgiren a través de la proposta Vredeling²⁴¹, presentada per la Comissió al Consell de les Comunitats, el 24 d'octubre de 1980. El seu contingut i les obligacions que allí s'establien, feien que aquesta fos una proposta molt ambiciosa que originà fortes crítiques. Tant és així, que finalment es produí una segona redacció d'aquella iniciativa. El 13 de juliol de 1983, la Comissió presentà al Consell la proposta Vredeling-Richadr, una proposta modificada basada en aquella primera iniciativa, però més suavitzada.

En aquesta ocasió la proposta era menys ambiciosa sobretot en relació amb les obligacions que havia d'assumir la seu central. Aquesta ja no tenia l'obligació d'informar sobre la marxa del grup i a més, es va passar a reconèixer la possibilitat que la direcció central declarés confidencial determinada informació sobre el grup, amb la qual cosa els representant dels treballadors podien desconèixer algunes dades rellevant en relació amb aquest entramat d'empreses. En qualsevol cas, també aquestes propostes fracassarem estrepitosament i també a finals dels vuitanta, els intents per crear uns òrgans d'aquesta naturalesa sorgiren de nou dins de les instàncies comunitàries.

Com ens podem adonar, en general, la dècada dels vuitanta va paraitzar totes aquelles propostes que s'havien iniciat cap als anys setanta i que des de diferents perspectives tractaven d'assegurar la participació dels treballadors dins dels grups d'empresa i sotmetre'ls a algun tipus de control. Durant els vuitanta, es va iniciar una nova tendència en relació amb el Dret Social Europeu, la crisi econòmica que s'estenia per bona part d'Europa i les reestructuracions empresarials que començaven a anunciar-se dilataven en el temps moltes de les propostes socials.

Els canvis econòmics que havien d'afrontar els Estats propiciaren una nova etapa legislativa on la política social va quedar supeditada als interessos econòmics. Per altra part, la presència d'alguns governs conservadors i la incorporació d'alguns Estats, com Espanya, que patien una diferència important respecte a la resta d'Estats en matèria social i laboral, van ser circumstàncies que no propiciaren l'avanç en aquest terreny. La situació exposada anteriorment va propiciar una tendència legislativa que buscava la flexibilitat de les relacions laborals. No obstant això, a finals del vuitanta i coincidint amb l'aprovació de la Carta Comunitària dels Drets Socials Fonamentals dels Treballadors en 1989²⁴², es produeix un ressorgiment de la política social i algunes d'aquelles propostes es reprenen de nou.

²⁴¹ Mitjançant aquesta proposta es pretenia harmonitzar de forma profunda el tema de les multinacionals i es pretenia garantir l'efectivitat dels drets d'informació i consulta dels treballadors en aquests grups. Tant és així, que originàriament el seu àmbit d'aplicació incloïa tots els grups d'empresa amb activitat en els Estats membres i incloïa aquells que l'empresa matriu estava fora de la Comunitat. Per a més informació: GÓMEZ GORDILLO, R, "El comité de empresa europeo", op.cit, pàg. 47: aquest autor comenta que aquella proposta imposava l'obligació a la direcció central d'informar semestralment sobre la situació econòmica, financera i productiva a nivell de grup. A més, davant reestructuracions empresarials o altres mesures que afectaven els interessos dels treballadors, la proposta establia un procediment de consulta amb facultats suspensives, de tal forma, que les mesures havien de paraitzar-se fins que finalitzaren les consultes. A més a més, si les filials incomplien amb les obligacions de consulta i informació, els representants dels treballadors podien dirigir-se directament a la direcció central.

²⁴² El seu art 17 deia el següent: la informació, la consulta i la participació dels treballadors han d'incrementar-se segons els mecanismes adequats i tenint en compte les disposicions legals i convencionals, així com les pràctiques vigents en cada Estat membre.

Des de la perspectiva del Dret de Societats, es va començar a treballar de nou sobre la possibilitat de crear una Societat Anònima Europea. Però aquesta vegada es va tenir present els fracassos anterior i es va abandonar definitivament el contingut recollit en aquella proposta de l'any 1975. Així, que el 25 agost de 1989, la Comissió va presentar al Consell una nova proposta relativa a l'Estatut de la Societat Anònima Europea. Després de passar pel Parlament i pel Comitè Econòmic i Social, la Comissió va presentar una proposta modificada el 6 de maig de 1991 i després d'un llarg procés legislatiu aprovaren el reglament 2157/2001 i la Directiva 2001/86.

Des de la perspectiva del Dret Social, també es recuperaren els intents per crear un òrgan de participació dins dels grups d'empresa. Així que el 25 de gener de 1991, la Comissió va presentar una nova proposta de Directiva i després de seguir el procediment pertinent el 16 de setembre de 1991 la Comissió va presentar una proposta modificada. Per tal d'assegurar la seua aprovació, aquelles propostes dels anys vuitanta patiren fortes modificacions.

En qualsevol cas, la Directiva 94/45 només va poder ser aprovada després d'un llarg i costós procés de negociació causat per les reticències d'alguns Estats membres respecte a l'adopció d'actes comunitaris que podien interferir amb les normes internes en matèria de drets sindicals i en general sobre drets de representació col·lectiva. La Directiva va ser adoptada amb posterioritat a la signatura de l'Acord sobre política social annex al Tractat de Maastricht. Totes aquestes incidències, dificultats i reticències cap a la possibilitat de crear un Comitè d'empresa europeu allargaren el procés legislatiu més de tres anys. Precisament aquestes dificultats, expliquen que la Directiva tinga un contingut relativament limitat.

Paral·lelament al procés d'elaboració d'aquella directiva, i també sobre aquella època, es produïren alguns canvis més en relació amb els grups d'Empresa. Cap al 1992, la Directiva 75/129 sobre els acomiadaments col·lectius és objecte d'una important reforma. A través del canvi, el legislador comunitari introdueix una nova regla en relació amb els drets d'informació i consulta dins del grup. Les instàncies comunitàries s'havien adonat que la mateixa naturalesa internacional del grup i la forma que tenien d'adoptar les decisions, feien que els instruments d'informació i consulta previstos per als acomiadaments col·lectius foren més aviat ineficaços. A efectes de corregir aquella situació introduïren l'art 2.4 en la originaria Directiva.

En qualsevol cas, la menció recollida sobre els acomiadaments col·lectius poc aporta a l'hora d'elaborar un concepte de grup d'empreses. A efectes de la Directiva 98/59/CE, sobre els acomiadaments col·lectius, els grups d'empresa només tenen rellevància a efectes de l'art 2.4 de l'esmentada norma²⁴³. Això significa que les obligacions d'informació i consulta no poden infringir-se al·legant que l'empresa que ha realitzat la decisió sobre l'acomiadament, no ha facilitat la informació a l'empresa subordinada. Respecte a la resta de problemes associats amb els acomiadaments col·lectius la norma guarda silenci.

En contra de la regulació recollida sobre els acomiadaments col·lectius en els grups d'empresa, podríem dir que la Directiva 98/59 no delimita la noció de "control". No preveu les circumstàncies que posen en relleu la relació de subordinació entre les

²⁴³ Regla introduïda per la Directiva 92/52/CEE, 24 de juny.

empreses. La Directiva, no ha previst un aconsellable mecanisme d'imputació de responsabilitats a l'empresa controladora o al centre de decisió unitària del grup empresarial respecte a l'incompliment de les seues obligacions. El legislador comunitari, limita les responsabilitats a l'empresa controlada²⁴⁴.

En part, les insuficiències sobre aquestes qüestions van ser esmenades per la Directiva 94/45/CE, 22 de desembre, sobre Comitès d'Empresa Europeus²⁴⁵. Podríem estimar, que la directiva sobre el comitè d'empresa europeu actua en dues direccions: tracta de configurar i delimitar el concepte de grup d'empreses de dimensió comunitària i per altra part, pretén introduir mecanismes destinats a garantir els drets d'informació i consulta dels treballadors dins d'aquest entramat d'empreses.

Però a més d'aquestes dues normes comunitàries, poc a poc sorgiren altres Directives que tractaren d'afrontar els diferents problemes que rodegen als grups d'empresa. Podem trobar en aquest sentit: la Directiva la 94/45/CE, de 22 de setembre de 1994, la 96/71, 16 de desembre de 1996, sobre el desplaçament dels treballadors efectuat en el marc d'una prestació de serveis internacional, així com la Directiva 2001/86, 8 octubre del 2001, a través de la qual es completa l'estatut de la societat anònima europea respecte a la implicació dels treballadors. A més d'aquestes Directives, podem trobar mencions dispersades en altres normes relacionades amb els drets d'informació i consulta: art 7.4 Directiva 2001/23/CE, i art 2.4 Directiva 98/59.

4.1.1) LA DIRECTIVA 95/94/CE. EL CONCEPTE DE GRUP D'EMPRESES:

La Directiva 95/45, es mou en dues direccions: aporta un concepte de grup d'empreses i alhora recull la possibilitat de regular un procediment d'informació i consulta o un procediment alternatiu en els grups d'empresa. Respecte a la primera qüestió, la Directiva 94/45 tracta de configurar un concepte de grup d'empreses i el defineix com aquella situació en què una empresa "controladora" exerceix una influència dominant sobre una empresa "controlada" per motius de propietat, participació financera o estatuts, art 3.1.

Per altra part, altres normes recents, han tractat d'aportar un concepte de grup d'empreses comunitari. En aquest sentit, tal vegada no hem de perdre de vist allò dit en el Reglament de la CE 2147/2001, que aprova l'estatut de la Societat Anònima Europea²⁴⁶. Aquestes dues Directives, posen en connexió les dues tendències seguides a

²⁴⁴ MONEREO PÉREZ, JL, FERNÁNDEZ AVILÉS, JA, "El despido colectivo en el Derecho Español", op.cit, pàg. 76.

²⁴⁵ HERRERA DUQUE, M^a.J, "Los grupos de empresas en el ordenamiento jurídico español". Ed. CISS, primera edició, 2000, pàg. 70. La Directiva 94/45 ha estat considerada com un dels millors guanys de la política social europea. DE MIGUEL LORENZO, A, "La aplicación de los derechos de información y consulta a los trabajadores y grupos de dimensión comunitaria", REDT,1995, n°73, pàg. 224. L'aprovació d'aquesta Directiva adquireix especial rellevància pel seu doble significat. Per una part, suposa la culminació d'un debat important dins de la CE durant més de dues dècades. I per altra part, és la primera norma comunitària fruit de l'acord sobre política Social, en relació amb el Protocol n° 14.

²⁴⁶ MARTÍN VALVERDE, A, RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F, GARCÍA MURCIA, J, "Derecho del Trabajo", Madrid, ed. Tecnos, 11^a edició, 2002, pàg. 211. La SAE, és una societat amb personalitat jurídica pròpia i un capital dividit en accions no inferior a 120.000 euros i ha de ser el resultat d'alguna d'aquestes circumstàncies: d'una fusió de societats anònimes nacionals, de la constitució d'una societat holding per diverses societats anònimes o de responsabilitat limitada o de la constitució d'una societat filial per societats ja existents.

la UE que han tractat de controlar els grups d'empresa i han tractat d'articular mecanismes de participació dels treballadors dins de l'empresa.

En qualsevol cas, tornant al contingut de la Directiva 94/45, aquesta norma després d'aportar aquella definició, seguidament introdueix tres criteris que ens ajudaran a determinar quan una empresa exerceix el control sobre l'altra, art 3.2. Segons aquests indicadors, aquesta situació es donarà quan: l'empresa matriu tinga la majoria del capital subscrit de l'empresa subordinada, dispose de la majoria dels vots corresponents a les accions emeses per l'altra empresa, o pugui nomenar a més de la meitat dels membres del consell d'administració, de direcció o de control de l'empresa subordinada.

Així doncs, com han posat en relleu²⁴⁷, en tots els casos el legislador comunitari exigeix com a requisit imprescindible, que l'empresa matriu siga accionista de les filials. D'aquesta forma exclouen les situacions de control financer o comercial sense la corresponent relació de propietat d'accions o societaria. El legislador comunitari exigeix aquesta relació sempre, encara que es pot manifestar amb proporcions de participació molt reduïdes. En qualsevol cas, l'element bàsic que des de l'ordenament comunitari permet identificar el grup d'empreses és la relació de *subordinació* i *dependència* entre les diferents societats.

En qualsevol cas, la definició recollida en la Directiva 94/45 ha influït sobre altres normes comunitàries, especialment en la Directiva 2001/86. En aquest sentit, l'art 2 de la Directiva 2001/86 defineix la Societat Anònima Europea, com aquella que es troba constituïda a l'emparament del reglament 2157/2001. La societat participant és aquella que participa en la constitució de la SE i la *filial* d'una societat és l'empresa sobre la qual, la societat exerceix una influència dominant d'acord amb allò establert en la Directiva 94/45.

A més a més, la influència de la Directiva 94/45 sobre la Directiva 2001/86 s'estén a altres aspectes. Aquesta darrera Directiva té com a objectiu crear un nou marc jurídic que permeti la implicació dels treballadors a la Societat Anònima Europea. Segons aquella Directiva, la implicació dels treballadors equival a garantir-los-hi la informació, participació i consulta. La implicació d'aquests en la SAE es podrà aconseguir també, mitjançant qualsevol mecanisme que permeti als representants dels treballadors influir en les decisions adoptades en l'empresa. Per tal d'aconseguir aquell objectiu, la regulació recollida en la Directiva 2001/86 segueix un esquema similar al previst en la Directiva 94/96.

Per altra banda, l'àmbit d'aplicació de la Directiva 94/45 no és genèric. La norma no es refereix a qualsevol grup empresarial. El concepte eludit anteriorment es completa a través de dos requisits més: un qualitatiu i altre quantitatiu, art 2. En primer lloc, el legislador exigeix que el grup de dimensió commutaria ha de tenir com a mínim mil treballadors entre l'empresa matriu i les filials. I en segon lloc, el legislador comunitari exigeix que el grup tinga com a mínim dues filials establertes en dos Estats membres i que ocupen cada una d'elles al menys 150 treballadors²⁴⁸.

²⁴⁷ CRUZ VILLALÓN, J, "La representación de los trabajadores en la empresa y en el grupo de empresa", Madrid, ed. Trota, 1992, pàg. 203.

²⁴⁸ DE MIGUEL LORENZO, A, "La aplicación de los derechos de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de dimensión comunitaria", op.cit, pàg. 238. La comissió justificà

Tenint en compte aquestes previsions, hem de deduir que el legislador comunitari no busca només fer front als grups d'empresa que circumscriuen la seua activitat econòmica als països comunitaris, és a dir, aquells on l'empresa matriu i les filials es troben radicades en l'espai europeu. La norma s'ha d'aplicar també a qualsevol grup que actua en l'àmbit comunitari, encara que l'empresa matriu estiga ubicada en tercers països aliens a la UE. D'aquesta forma, podem controlar mínimament els grups nord-americans i els japonesos²⁴⁹ i en general les grans multinacionals.

En aquest sentit, l'art 4 de la Directiva preveu que correspon a la direcció central la responsabilitat d'establir les condicions i mitjans necessaris per constituir un comitè d'empresa europeu. Seguidament, la Directiva estableix que, quan la seu central del grup es trobe radicada fora d'un estat membre, aquesta responsabilitat l'assumirà el representant de la direcció central situat a l'Estat membre designat per aquella i en el seu defecte, aquesta responsabilitat recaurà sobre la direcció central de l'empresa del grup que tinga major número de treballadors en un Estat membre, art 4.2 i 4.3. En definitiva, en aquestes circumstàncies la responsabilitat l'assumirà la direcció "fictícia". En virtut d'aquestes previsions, tot el sistema establert en la Directiva destinat a garantir els drets d'informació dels treballadors és basa en el paper principal que realitza la direcció central i real del grup, ja que és l'empresa matriu la que té les facultats de direcció i coordinació i té un paper hegemònic dins del grup.

Seguint amb aquest plantejament el TJCE²⁵⁰ s'expressa en els següents termes: "sense voler definir de nou l'estructura interna del grup, la Directiva pretén que ni la direcció real del grup, 4.1, ni la direcció fictícia, 4.2 i 4.3, puguen eludir les obligacions i responsabilitats recollides en aquella norma, quan situen la direcció central fora de la Comunitat Europea". En concret, allò que pretén la norma és que la direcció central, estiga on estiga, informe i facilite les dades necessàries sobre el grup als representants dels treballadors nacionals que vulguen iniciar unes negociacions per crear un Comitè d'empresa Europeu. Les previsions recollides en l'art 4 de la Directiva responen a una bona finalitat. Però hem de tenir present que en algunes ocasions, la direcció central fictícia, art 4.2 i 4.3, encara que vulga no podrà informar als representants nacionals sobre aquelles dades que necessiten per constituir un òrgan de representació col·lectiu a nivell de grup simplement, perquè desconixerà l'estructura del grup en el seu conjunt.

Tenint en compte aquestes qüestions, el TJCE²⁵¹ considera que la direcció central del grup, encara que es trobe en un tercer país, no pot eludir el compliment de la

el criteri quantitatiu al·legant que amb això es volia evitar a les petites i mitjanes empreses les obligacions i els costos que comporta l'aplicació de la Directiva. Però a més, podem intuir una certa preocupació de la CE per prevenir els conflictes laborals en les empreses de grans dimensions per ser ací on més es produeixen els processos de reorganització i les reestructuracions de plantilla.

²⁴⁹ CRUZ VILLALÓN, J, "La representación de los trabajadores en la empresa y en los grupos de empresa", op.cit, pàg. 203. En un mateix sentit: DURAN LÓPEZ, F, SÁEZ LARA, C, "El papel de la participación en las nuevas relaciones laborales", Madrid, Civitas, 1ª edició, 1997, pàg. 74.

²⁵⁰ STJCE, 11 de juliol de 2002, Afer: C-440/2000. Assumpte: Kühne&Nagel. En aquesta ocasió els Tribunals alemanys plantejaren al Tribunal de Justícia dues qüestions prejudicials sobre la interpretació de la Directiva 94/45. Mitjançant aquestes qüestions sol·licitaven que l'òrgan judicial aclarís a qui correspon facilitar la informació sobre el grup per poder iniciar les negociacions per tal de crear un comitè d'empresa europeu, a la direcció central i real del grup, que està fora del territori dels estats membres o a la direcció fictícia, art 4.2 de la Directiva. I en segon lloc sol·liciten que el Tribunal delimités l'abast d'aquella obligació.

²⁵¹ STJCE, 11 juliol del 2002, afer: C-440/00. Assumpte: Kühne&Nagel.

Directiva respecte a les empreses del grup situades al territori dels Estats membres. Per tant, correspon a ella garantir el dret d'informació dels treballadors establert en la mateixa Directiva, la qual cosa implica que la direcció central haurà de facilitar la informació a la direcció fictícia, que a efectes de la Directiva assumeix la responsabilitat que correspon a la direcció real. La negativa de la Direcció central real a l'hora de cooperar amb la direcció fictícia pot suposar que aquesta última siga sancionada. De tal forma, que a través d'aquest plantejament sancionen indirectament l'empresa matriu radicada en un tercer país. La Directiva trasllada la responsabilitat de la direcció real íntegrament a la direcció fictícia, per tant, aquesta tindrà les mateixes obligacions i respondrà de la mateixa forma que la direcció real.

4.1.2) EL COMITÈ D'EMPRESA EUROPEU O UN PROCEDIMENT DE CONSULTA ALTERNATIU:

El segon objectiu de la Directiva 94/45 consisteix a garantir i articular un procediment d'informació i consulta amb els treballadors o crear un comitè d'empresa europeu. La Unió Europea ha tractat de sotmetre els grups d'empresa a una regulació comuna, un propòsit que es pretén aconseguir establint, a través d'aquesta norma, un procediment d'informació i consulta amb els treballadors. D'aquesta forma tracta de garantir l'accés dels representants dels treballadors als reals centres de decisió en les empreses o grups de dimensió comunitària. Amb la finalitat de complir amb aquest objectiu, els Estats hauran de vetllar per tal que la direcció de les empreses que formen el grup i que es troben en els seus territoris nacionals i els representants dels treballadors respecten el contingut de l'esmentada Directiva, amb independència que l'empresa matriu estiga o no situada al seu territori, art 11.

Seguint amb aquests plantejaments, la mateixa Directiva reconeix que els procediments d'informació i consulta amb els treballadors previstos en les legislacions i pràctiques dels Estats membres, no s'adapten a l'estructura internacional de l'entitat que adopta la decisió que afecta els esmentats treballadors. Aquesta situació pot donar lloc a un tracte desigual dels treballadors afectats per les decisions dins d'una mateixa empresa o grup d'empresa. Precisament, aquesta situació ens obliga a articular un procediment per tal que aquests treballadors siguen degudament informats i consultats sobre aquelles decisions que els afecten i que han estat adoptades en un Estat distint d'aquell en què treballen.

L'articulat de la Directiva 94/45 preveu un procediment de negociació entre la seu central i la comissió negociadora que està formada per representants de les diferents empreses que formen el grup. Mitjançant aquestes negociacions, les parts deliberar sobre la possibilitat de crear un òrgan de representació col·lectiva a nivell de grup o sobre l'establiment d'un procediment de consulta amb els treballadors, art 5 i següents. La Directiva reconeix un grau important d'autonomia a les parts negociadores a l'hora d'aconseguir el seu objectiu. Així doncs, aquesta ofereix diferents opcions: en principi, podran crear un comitè d'empresa europeu, podran crear un o més procediments de consulta o es podran sotmetre a les disposicions subsidiàries de l'annex.

En tot cas, correspondrà a la direcció central, la responsabilitat d'establir les condicions i els mitjans necessaris per poder constituir aquest òrgan. No obstant això, les deliberacions sobre aquestes qüestions es podran iniciar per la direcció central o a iniciativa dels treballadors o dels seus representants. En el primer cas, el legislador

exigeix que la iniciativa estiga subscripta com a mínim per cent treballadors. I en el segon cas, els representants han de pertànyer al menys a dues empreses radicades en dos Estats membres diferents, art 5.

Quan la iniciativa correspon als treballadors o als seus representants ens podem trobar amb alguns problemes. Per tal que els representants dels treballadors puguin sol·licitar l'inici de les negociacions amb l'objectiu de constituir un comitè d'empresa europeu, aquests hauran de saber primerament si les seues empreses formen part d'un grup de dimensió comunitària. Tanmateix, per poder constatar aquest fet necessiten que la seu central els facilite determinada informació sobre el funcionament del grup, és a dir, per poder crear un òrgan de representació a nivell de grup, primer caldrà saber si aquest existeix.

En relació amb aquesta problemàtica, en principi podem dir que negar determinada informació sobre el grup als representants dels treballadors impediria que aquests pogueren iniciar les negociacions per constituir un Comitè d'Empresa Europeu, amb la qual cosa es frustraria l'objectiu de la norma. Tant és així, que una interpretació d'aquesta norma en aquest sentit, seria contrària a la finalitat buscada per aquesta Directiva. Aquesta situació que en principi sembla lògica i senzilla ha donat lloc a diferents pronunciaments per part del TJCE²⁵². El conflicte en aquests supòsits es planteja, perquè les empreses que pertanyen al grup o la direcció central, mantenen moltes reticències a l'hora de facilitar informació relacionada amb el seu funcionament intern, amb les seues dimensions i sobretot sobre les relacions que mantenen les diferents empreses.

En relació amb aquestes qüestions, el TJCE²⁵³ ha estimat que els representants dels treballadors tenen dret a accedir a determinada informació sobre el grup d'empreses. L'obligació de subministrar aquestes dades correspon a la seu central o a la resta de les empreses. És a dir, la direcció central podrà facilitar la informació sol·licitada pels representants dels treballadors a ells directament o a l'empresa d'aquests per tal que ella la pose a disposició dels representants dels treballadors. Per tant, el Tribunal està imposant a totes les empreses del grup una obligació de cooperació, amb la qual cosa totes estan obligades a cooperar en vistes a assolir els objectius de la Directiva

Seguint amb les idees exposades fins ara, convé destacar que en relació amb la informació que les empreses han de facilitar, el Tribunal considera que en aquest primer moment, l'objectiu buscat consisteix a recopilar la informació pertinent per poder iniciar les negociacions, aleshores les empreses només hauran de facilitar la informació necessària que permeti identificar que estem davant un grup d'empreses de dimensió comunitària²⁵⁴. En aquells moments, cal que informen sobre el número de treballadors,

²⁵² STJCE, 26 de setembre de 2000. Afer C-62/99. Assumpte Bofrost. STJCE, 11 de juliol del 2002, Afer: C-440/00. Assumpte: Kühne&Nagel. STJCE, 15 de juliol de 2004, Afer: C-349/01. Assumpte: Anker GmbH.

²⁵³ STJCE, 26 de setembre de 2000. Afer C-62/99

²⁵⁴ STJCE, 26 de setembre de 2000. Afer: C-62/99. Assumpte: Bofrost. Si les dades són públiques i accessibles, no existeix cap dubte en relació amb l'obligació de l'empresa de subministrar aquella informació. El problema sorgeix sobre aquella informació que pot tenir un caràcter reservat. L'empresa només té l'obligació de facilitar la informació que no té un caràcter reservat conforme al Dret nacional, és a dir, tant la informació pública com la informació que conforme al Dret nacional aplicable no pot ser qualificada com a confidencial. En un mateix sentit: STJCE, 15 de juliol del 2004, afer: C-349/2001.

hauran de facilitar la localització dels establiments i haurà d'indicar quina empresa exerceix el control.

En principi, les empreses només estarien obligades a facilitar una informació general sobre el grup. Per tant, no estan obligades a subministrar dades precises sobre el funcionament intern del grup, sobre les relacions que mantenen les seues empreses, ni sobre la seua estratègia global. Aquesta informació segurament tindrà un caràcter privat o reservat. En aquest sentit, recordem que la Directiva permet que la direcció central no informe sobre determinades qüestions que tenen aquella naturalesa, art 8.2²⁵⁵.

Aclarides aquestes qüestions, cal continuar aquest anàlisi dient que les negociacions podran concloure amb el compromís de crear el Comitè d'Empresa Europeu. En aquest supòsit, l'acord que reculla aquell compromís haurà de fixar la seua composició, les regles de funcionament, les seues funcions i la freqüència de les reunions. La Directiva 94/45 dóna llibertat a l'hora de delimitar les seues competències i atribucions, així com el contingut de l'acord. Tant és així, que no estan obligades per les disposicions subsidiàries de l'annex. No obstant això, no qualsevol acord serà vàlid, l'acord en qüestió haurà de respectar i ajustar-se a la finalitat i objectiu perseguit per la norma comunitària.

Com he dit, les parts negociadores a l'hora de fixar les funcions del Comitè d'Empresa Europeu, no estan obligades per les disposicions subsidiàries. Aquestes, en principi, serviran per a orientar-les sobre aquelles qüestions que tal vegada han de negociar i incloure en l'acord. Tanmateix, res impedeix que les parts puguen pactar que se sotmetran a elles voluntàriament, art 6.3. En qualsevol cas, seria recomanable que aquest òrgan fos informat i consultat sobre qüestions laborals i econòmiques d'àmbit internacional, especialment sobre la marxa econòmica i financera del grup, i sobre aquelles decisions que poden repercutir sobre els drets i interessos dels treballadors.

Un tema que tal vegada s'ha de negociar també, és la qualificació que ha de rebre determinada informació relacionada amb les empreses que integren el grup²⁵⁶. En concret quina informació podria tenir un caràcter confidencial o quina podria ser qualificada com a secret. Aquest punt possiblement és important, perquè determinada informació relacionada amb les interioritats de les empreses o dels grups, en moments

Assumpte: Anker GmbH. Per poder iniciar les negociacions destinades a crear un comitè d'empresa europeu, cal necessàriament que els representants dels treballadors puguen accedir a aquella informació necessària per saber si existeix un grup de dimensió comunitària. En concret, tenen dret a saber: els establiments i empreses del grup, la seua forma jurídica, les seues estructures de representació, tenen dret a saber les dades sobre la plantilla, la seua distribució als Estats membres i la denominació dels òrgans de representació.

²⁵⁵ STJCE, 26 de setembre de 2000. Afer C-62/99. Assumpte: Bofrost. Fonament n°22. Segons el Tribunal, un comitè d'empresa nacional té dret a rebre informació sobre la posició que ocupa la seua empresa en el grup de dimensió comunitària, i la direcció d'aquella empresa té l'obligació de cooperar lleialment amb els representants dels treballadors. El fet de no proporcionar dades específiques sobre la posició que ocupa l'empresa pot justificar-se, quan aquesta informació tinga un caràcter reservat conforme el dret nacional aplicable.

²⁵⁶ DURAN LÓPEZ, F, SÁEZ LARA, C, "El papel de la participación en las nuevas relaciones laborales", op.cit, pàg. 86. Apunten que tal vegada deurien debatre quina informació ha de ser confidencial completant així la regulació estatal. A més, consideren que seria aconsellable la regulació de la difusió d'aquestes informacions als representants locals, amb la qual cosa assegurarien el flux constant d'informació entre els diferents representants.

de prosperitat econòmica és una informació irrellevant, però en moments de crisi pot esdevenir important per als representants dels treballadors.

Així doncs, i despès d'aquest breu anàlisi, podem dir que en principi la Directiva es limita a regular el procediment de constitució del Comitè d'Empresa Europeu i no el seu funcionament. No obstant això, com he dit, en els apartats 2 i 3 dels requisits subsidiaris annexes a la mateixa Directiva, aquesta enuncia de forma general els drets d'aquest òrgan que poden orientar les parts negociadores a l'hora de concretar les funcions del Comitè.

Per concloure, dir només que la Directiva té en consideració la importància que pot tenir la constitució d'un òrgan de representació col·lectiva a nivell de grup a l'hora d'assegurar els drets d'informació dels treballadors. Per tant, en virtut de l'art 7 del Directiva 94/45 el comitè d'empresa europeu haurà de constituir-se, malgrat que no existesca acord entre les parts. La norma preveu la seua creació, quan la direcció central rebutge l'inici de les negociacions en un termini de sis mesos, a partir de la sol·licitud formal dels treballadors, o quan en el termini de tres anys a partir d'aquella sol·licitud les parts no hagueren aconseguit un acord. Les competències i la composició del comitè creat en aquelles circumstàncies, estan regulades per la legislació nacional aplicable d'acord amb "els requisits subsidiaris" que figuren en l'annex de la Directiva, art 7.1. Uns requisits que a més, hauran de ser recollits per la futura norma que traspose als ordenaments laborals el contingut de la Directiva.

4.1.3) ELS PUNTS DÈBILS DE LA DIRECTIVA 94/45/CE:

Una vegada hem realitzat aquesta breu explicació, cal posar en relleu alguns punts dèbils que presenta aquesta norma en relació amb els drets d'informació i consulta a les empreses i grups d'empreses de dimensió comunitària²⁵⁷. Així doncs, seria necessari precisar el tipus d'informació que cal facilitar als treballadors. En aquest sentit, l'art 6 de la Directiva no és suficientment explícit. A més, hauríem de definir el concepte de "consulta".

Seguint amb aquestes idees, la Directiva ha de garantir que aquella informació que pot afectar els drets i interessos dels treballadors, i en concret, aquella relacionada amb la marxa de l'empresa i sobre la intenció d'acudir a un acomiadament col·lectiu arribés al Comitè Empresa Europeu amb una antelació suficient per tal de poder fer propostes. Tanmateix, aquest darrer objectiu és difícil de complir si les reunions amb la direcció central sobre aquestes qüestions no se celebren amb certa freqüència. No és estrany trobar-nos casos on l'empresa no informà als treballadors dels projectes sobre reestructuracions empresarials i els presentà les decisions definitives. Precisament en els

²⁵⁷ La Comissió d'Ocupació i Afers Socials, en l'Informe Preliminar 2000/2214 (COS), relatiu a la situació d'aplicació de la Directiva 94/45. pàg. 13 i 14, admet que la Directiva 94/45/CE, podria ser millorada en alguns aspectes i al respecte considera que el primer punt dèbil es refereix al moment en què ha de produir-se la informació i consulta quan "es donen circumstàncies excepcionals que afecten considerablement els interessos dels treballadors, principalment en el cas de trasllats d'empreses, tancaments, o acomiadaments col·lectius. Resulta evident que cal facilitar una informació adequada i amb suficient antelació per tal que els representants dels treballadors tinguin la possibilitat de presentar alternatives als plans de reestructuracions d'una empresa i per tal d'evitar la pèrdua de llocs de treball. El segon punt dèbil, fa referència al termini de tres anys a partir del qual, les disposicions subsidiàries de l'annex vinculen. I en darrer lloc, la dimensió que ha de tenir l'empresa per tal d'entrar en l'àmbit d'aplicació de la Directiva tal vegada ha de ser revisat.

darrers temps comptem amb alguns exemples cridaners: Alstom-ABB, Corus, o Marks & Spencers.

En relació amb aquesta qüestió, seria convenient millorar el procediment de consulta reforçat per tal d'aconseguir la conciliació de determinats qüestions que afecten els treballadors de forma especial, i en particular, en els acomiadaments col·lectius i en el traspàs d'empreses, art 1.2 del l'annex. Seria interessant que ampliarem els temes que han de tractar-se en el marc del procediment d'informació i consulta amb el comitè d'empresa europeu. A més a més, segurament no estaria de més recollir sancions a nivell comunitari i nacional, quan incompliren el contingut de la Directiva 94/45CE.

En relació amb aquesta darrera qüestió, és a dir, sobre la possibilitat de sancionar possibles incompliments de la Directiva, en l'Informe preliminar 2000/2214 de la Comissió d'Ocupació i Afers Socials²⁵⁸, es proposava que les empreses que vulneraren en punts essencials les seues obligacions derivades de la directiva 94/45 no obtingueren recursos dels Fons Estructurals. També es proposava obligar les empreses a reembossar aquests o altres fons comunitaris o ajudes nacionals concedides amb l'objectiu de fomentar el desenvolupament regional i de l'ocupació. Com veurem més endavant, la Unió Europea ha tractat de corregir algunes d'aquestes mancances a través de la Directiva 2002/14/CE, sobre l'establiment d'un marc general relatiu a la informació i consulta dels treballadors en la Comunitat Europea.

4.2) LES RESTRUCTURACIONS EMPRESARIALS EN ELS GRUPS D'EMPRESA DES DEL PUNT DE VISTA COMUNITARI. EL CAS ROCKFON:

La normativa comunitària tracta de fomentar la creació d'un òrgan que represente els interessos dels treballadors a nivell de grup. El principal objectiu d'aquest òrgan és tractar de garantir els drets d'informació i consulta dels treballadors. Tanmateix, tant la Directiva 98/59 com la 94/45, deixen sense resoldre alguns dels problemes que es poden plantejar quan el projecte d'acomiadament col·lectiu té com a àmbit d'afectació un grup d'empreses. Des del punt de vista comunitari, l'àmbit material sobre el qual ha de projectar-se la proposta d'acomiadament és el centre de treball, art 1.1 Directiva 98/59. No obstant això, la proposta inicial de la Directiva 75/129 presentada per la Comissió utilitzava el terme "empresa" i l'art 1.1 definia el concepte com "la unitat local d'ocupació". Finalment, el Consell va substituir el terme empresa pel terme centre de treball i va eliminar l'esmentada definició.

En relació amb l'àmbit d'afectació del projecte d'acomiadament col·lectiu, entenc que, en general, l'empresa com a àmbit d'afectació material i subjectiu presenta majors garanties per als treballadors²⁵⁹. Tractaré d'explicar aquesta idea, amb

²⁵⁸ Informe preliminar relatiu a la situació d'aplicació de la Directiva 94/45, pàg. 17.

²⁵⁹En contra: OJEDA AVILÉS, A, "Configuración del despido colectivo", en D.A, "El despido. Análisis y aplicación práctica", op.cit, pàg. 499. No hem de jutjar la proporcionalitat lògica de l'àmbit empresarial, hem de valorar si l'àmbit empresarial és més favorable per als treballadors. Sota aquest punt de vista, la unitat empresarial és més ampla i permetrà eludir més fàcilment la qualificació com a acomiadament col·lectiu de les extincions efectuades en un centre de treball, les quals veuran facilitada la seua desviació cap a acomiadaments objectius. La salvaguarda establerta per a l'acomiadament de tota la plantilla de l'empresa trobarà més dificultats d'aplicació quan ha d'afectar tota l'empresa i no un dels centres de treball afectat. Les limitacions predominen sobre el possible avantatge que podria derivar de generalitzar

l'exigència que la causa i els acomiadaments es materialitzen a l'empresa i no al centre tractem d'evitar aquelles pràctiques empresarials que busquen evitar el procediment previst per als acomiadaments col·lectius a través del fraccionament artificial del número d'acomiadaments amb l'objectiu d'eludir de forma fraudulenta l'aplicació dels llindars legals. Per altra part, quan el legislador exigeix que la causa i la resta de requisits afecten l'empresa a nivell global, tracta de garantir que els acomiadaments col·lectius es realitzen per fer front a un problema estructural que amenaça la continuïtat de l'empresa, perquè a l'hora de superar problemes de menor envergadura l'ordenament ofereix altres mesures.

Però és més, seguint amb aquest argument, no podem oblidar que més enllà del desequilibri que pot afectar un punt concret de l'empresa, els efectes de les reestructuracions empresarials s'estendran pels diversos centres de treball que la integren. Conseqüentment, sembla lògic que siga l'empresa l'àmbit en el qual han de concórrer els requisits subjectius i materials de l'acomiadament col·lectiu. En qualsevol cas, i com en altres aspectes, el legislador comunitari no obliga els Estats membres a triar aquesta opció, sempre que la seua elecció no siga contrària a les finalitats de la Directiva. En realitat, és possible introduir una opció diferent, sempre que aquesta siga més favorable que la regulació recollida en la norma comunitària.

Fetes aquestes valoracions, cal reprendre la idea principal: L'àmbit en el qual ha de concórrer el projecte d'acomiadament segons la norma comunitària. En relació amb aquesta qüestió, el TJCE²⁶⁰ ha destacat que la Directiva 98/59 no defineix el concepte de centre de treball. Aquest constitueix un concepte de Dret Comunitari i no pot definir-se per referència a les legislacions dels Estats membres. No obstant això, estima que el concepte "centre de treball", designa segons les circumstàncies, aquella unitat a la qual estan adscrits els treballadors afectats per l'acomiadament a l'hora de desenvolupar les seues tasques. Com posa en relleu el Tribunal, per al Dret Comunitari no resulta rellevant que l'esmentada unitat dispose d'una direcció facultada per efectuar autònomament acomiadaments col·lectius.

Així doncs, podem dir que el TJCE parteix d'una concepció prou restringida del concepte "centre de treball". Els termes utilitzats impedeixen que tinguem en consideració de forma conjunta el grup d'empreses com a àmbit d'afectació dels acomiadaments. Dit en altres paraules, no tindrem en consideració de forma conjunta aquesta organització empresarial a l'hora de valorar la causa, computar els acomiadaments o determinar el volum d'ocupació.

Efectivament, la STJCE 1995/218, Rockfon, considera que la relació laboral es caracteritza essencialment pel vincle existent entre el treballador i aquella part de l'empresa a la qual està adscrit a l'hora de desenvolupar les seues tasques²⁶¹. Des de la

tota la crisi a l'empresa. Per això hem de dir que, establir l'empresa com a àmbit jurídic de la crisi és un incompliment de la Directiva.

²⁶⁰ STJCE, 1995/218, 7 de desembre de 1995. Afer: C-449-93. Rockfon.

²⁶¹ STJCE 1995/218, 7 de desembre de 1995, apartat n°31. STJCE 186/1983, 7 de febrer de 1983, Afer: Botzen i Altres. Apartat n°15. En la STJCE de 1995/218. Rockfon, el Tribunal resol una qüestió prejudicial sobre la interpretació de l'art 1.1 de la Directiva 75/129. Allò que planteja la qüestió és el següent: en primer lloc, pregunta si l'art 1.1 impedeix que dues o més empreses que formen part d'un grup, creen un departament comú de contractacions o acomiadaments, de forma que les extincions realitzats en una empresa només poden realitzar-se amb el beneplàcit d'aquell òrgan. En segon lloc, pregunta si sota les esmentades circumstàncies s'ha d'interpretar que el terme "centre de treball", art 1.1,

concepció comunitària “centre de treball” és aquella empresa on treballen habitualment els treballadors afectats per la mesura d’extinció. No resulta essencial a l’hora de definir el concepte que la unitat a la qual estan adscrits els treballadors, dispose d’una direcció facultada per tal de realitzar autònomament acomiadaments col·lectius. El TJCE continua sense acceptar que el grup pugui ser considerat com a “centre de treball” a efectes de la Directiva fins i tot, quan els acomiadaments els realitza un òrgan comú que ha estat creat per les empreses que formen un grup amb relacions d’interdependència, de forma que els acomiadaments no podrien realitzar-se sense el beneplàcit d’aquest òrgan.

El TJCE justifica aquesta interpretació al·legant que una interpretació en sentit contrari, és a dir, si acceptarem el grup d’empreses com a centre de treball permetríem “a les societats que formen part del grup dificultar la seua subjecció al grup per confinar a un òrgan distint la decisió de l’acomiadament”. D’aquesta forma podríem eludir també l’obligació d’observar determinats procediments pensats per tal de protegir els treballadors, amb la qual cosa importants grups d’ells podrien ser privats del dret a ser informats i escoltats.

De fet, en l’informe preliminar de la Comissió d’Ocupació i Afers Socials sobre l’aplicació de la Directiva 94/45²⁶², aquesta instància comunitària reconeix que en una reestructuració els interessos i preocupacions dels treballadors només es poden tenir en compte, si hi ha una informació i consulta adequada i realitzada amb un temps d’antelació. En aquest sentit, com ja hem vist, destaca la Comissió que als darrers temps han tingut coneixement d’alguns casos on els treballadors s’han assabentat de les reestructuracions de les seues empreses, després d’aquestes mesures o a través de la premsa.

4.3) LA REGULACIÓ INTERNA SOBRE ELS GRUPS D’EMPRESA:

3.1) LES PREVISIONS LEGISLATIVES SOBRE ELS GRUPS D’EMPRESA:

Els difícils entramats de xarxes empresarials amb distint tipus de relacions entre les empreses que les integren, plantegen diferents problemes, principalment, a l’hora de determinar els centres d’imputació normativa de la norma laboral. Però a més, com han apuntat els tribunals²⁶³ la diversitat de situacions impedeix donar un tractament únic als diversos supòsits d’agrupacions o vinculació d’empreses que sorgeixen en la vida econòmica. Això ens situa davant la mateixa problemàtica que a nivell europeu en relació amb els grups d’empreses: cal un marc legislatiu global que ens facilite la llavor d’afrontar els diferents problemes que susciten aquestes agrupacions d’empreses.

El problema augmenta un grau més, si tenim present que les regulacions internes dels Estats han adoptat una posició un tant aliena respecte a aquestes noves

designa el conjunt d’empreses que disposen d’aquell òrgan o per contra “centre de treball” és cadascuna de les empreses on treballen habitualment els treballadors.

²⁶² Informe preliminar 2000/2214 (COS). 21 de maig del 2001. Ponent: Winfried Menrad. Pàg. 6. CES (1999) 704. El 4 d’abril de 2000, la Comissió envià al Parlament Europeu i al Consell el seu informe sobre l’aplicació de la Directiva 94/45. En la sessió del 8 de setembre del 2000 la Presidenta del Parlament envià aquest informe a la Comissió d’Ocupació i Afers Socials per tal que fos examinat detalladament.

²⁶³ STS, 3 de maig de 1990, Ar 3946, 31 de gener de 1991, Ar 200. STSJ Catalunya, 15 de desembre de 1993, Ar 5303.

organitzacions empresarials. Al menys, en el nostre ordenament jurídic la regulació interna referent als grups d'empresa és insuficient a l'hora de resoldre molts dels problemes que es presenten en el terreny laboral. A més, la regulació referent als grups d'empresa es troba dispersada per diferents normes²⁶⁴ que des de diferents disciplines han aportat algun tipus de regulació sobre els grups.

També en aquest cas podríem dir que els primers intents per definir i regular els grups d'empresa provenen del Dret Mercantil. L'art 42 del Codi de Comerç estableix que els grups de societats tenen l'obligació de presentar "l'informe de gestió consolidada" i els "comptes anuals" on es posarà de manifest la situació econòmica, financera i patrimonial del Grup. Com bé diu la norma, aquesta previsió no eximeix la resta d'empreses que formen el grup de formular els seus propis comptes, art 42.3.

A partir d'aquesta previsió, trobem una primera definició sobre els grups d'empresa on allò rellevant per poder determinar la seua existència és la relació de subordinació i dependència existent entre les diferents societats i que es manifesta en la capacitat de la societat dominant per a poder nomenar els membres dels òrgans d'administració d'altres societats, o posseir la majoria dels drets de vot. Aquestes situacions que posen en relleu la capacitat de la societat principal per a poder dirigir la resta de societats. En segon lloc, la Llei 24/1998, de 28 de juliol, "del Mercat de valors", també tracta de definir el grup d'empresa. Les remissions a l'art 42 Codi de Comerç són explícites i també en aquest supòsit, l'element rellevant és la relació de subordinació i dependència que és manifesta en la capacitat d'una d'elles per controlar la resta.

Des del punt de vista laboral, també comptem amb algunes mencions dispersades per diferents normes que han tractat d'aportar un concepte de Grup d'empreses. Una de les primeres mencions explícites als grups d'empresa recollida en una norma laboral es trobava en la Llei 27/1984, de 26 juliol, sobre la reconversió industrial. En ella no es definia aquesta agrupació empresarial, ni fixava els criteris ni les relacions que havien de donar-se per tal de determinar l'existència del grup. Però la norma habilitava el grup per a acollir-se al procediment de reconversió, quan aquest es trobés en una situació de crisi especialment greu.

Del tenor de la norma podíem entendre que el legislador exigia una crisi generalitzada en el grup per poder dur a terme el pla de reconversió, un pla que incloïa bàsicament, mesures de caràcter tributari, financer i laboral. Entre les mesures laborals, hauríem de destacar que l'aprovació del pla de reconversió equivalia a la concurrència de la causa tecnològica o econòmica, la qual cosa facultava el grup per poder procedir a extingir els contractes de treball per aquelles causes. En tot cas, aquesta va ser la

²⁶⁴ La inexistència d'una regulació general dels grups d'empresa en el Dret del Treball implica que cadascun dels instrument normatiu on trobem una definició dels grups d'empresa es preocupen de delimitar el seu abast a la concreta matèria que regula. Així doncs, la Llei 22/1992, de 22 de juliol, sobre mesures urgents per al foment de l'ocupació va ser la primera norma que va resoldre el silenci sobre aquesta matèria en el terreny laboral. Aquesta norma va tractar d'aportar un primer concepte de grup basat en la noció de control. La norma entenia que existiria control, quan ens trobàvem en algun dels supòsits previstos en l'art 42.1 Codi de Comerç. Per la seua part, l'art 42 del Codi de Comerç enumera els supòsits en els quals una societat mercantil està obligada a presentar els comptes anuals i l'informe de gestió consolidada. A partir dels criteris recollits en ell, podem identificar una relació de dependència o control. Per a més informació: TERRADILLOS ORMAETXEA, E, "Los "Grupos de Empresa" ante la jurisprudencia social española", València, Tirant lo Blanch, 2000, pàg. 30 i següents.

primera norma que eludia directament als acomiadaments col·lectius realitzats dins del grup.

La primera norma laboral que va aportar una definició del grup d'empreses va ser: la Llei 22/1992, de 30 de juliol sobre mesures urgents per a fomentar l'ocupació. És precisament la seua disposició addicional quarta la que recull un concepte de grup basat en el concepte de control recollit en l'art 42 del Codi de comerç. Per la seua part, més recentment la Llei 53/2003 sobre mesures fiscals, administratives i laborals destinades a fomentar la contractació d'alguns col·lectius, també menciona el grup d'empreses. Però en aquesta ocasió ho fa per a advertir-nos que el grup no podrà beneficiar-se d'aquelles mesures, quan aquestes afecten treballadors que en els vint-i-quatre mesos anteriors a la contractació, hagueren treballat en la mateixa empresa o en el grup mitjançant un contracte indefinit, art 5.1.c.

Darrere d'aquesta previsió legal, possiblement el legislador ha realitzat una valoració unitària del grup i no té en compte la presumpta independència jurídica de les empreses. Tal vegada, està prohibint que un treballador que temps enrera va estar contractat indefinidament per una empresa del grup, siga acomiadat i posteriorment contractat per altra empresa del grup i pugui aquesta acollir-se a les bonificacions previstes en aquell programa de foment de l'ocupació.

Sembla que en principi, en aquest cas concret, el legislador té en compte en primer lloc, la possibilitat que el grup tinga una plantilla indistinta o única. I en segon lloc, té present que aquest pot fer un ús fraudulent de la presumpta independència jurídica de les empreses que integren el grup amb la finalitat d'aconseguir d'aquesta forma, unes bonificacions de forma un tant sospitosa.

A més d'aquelles normes, trobem la Llei 10/1997, de 24 d'abril, sobre els drets d'informació i consulta dels treballadors en empreses i grups d'empreses de dimensió comunitària, que també aporta un concepte de grup d'empreses, però inspirat en la normativa comunitària. També en aquest cas, l'element rellevant a l'hora de determinar la seua existència és la relació de control existent entre les diferents empreses per motius de propietat financera, d'estatuts socials o altres. A diferència d'allò que ocorre en les normes analitzades anteriorment, en aquest cas sí que es preveu un mecanisme de consulta i l'obligació d'informar sobre determinades qüestions laborals al comitè d'empresa europeu. Aquestes previsions que ens podrien servir per resoldre alguns dels problemes que es poden plantejar en l'àmbit laboral. Però com diu la mateixa norma, el seu contingut queda reservat per als grups d'empresa de dimensió comunitària, quan la seua central es troba al nostre territori.

Al marge d'aquestes lleis poca cosa més podem trobar, tret d'alguna referència dispersa en l'ET: art 44.10 o 51.14 ET o l'art 6 del RD 43/1996, un precepte que en relació amb el pla social estableix, que es deuria tractar de recol·locar els treballadors en altres llocs de treball de l'empresa o del grup. En general, aquestes previsions fan referència als drets d'informació i consulta sobre determinades matèries dins del grup, però són insuficients per resoldre altres problemàtiques que es poden plantejar a les empreses d'estructura complexa.

Així doncs, aquesta situació ens permet afirmar que no existeix una regulació global dels grups d'empresa. Ens trobem davant una regulació puntual, clarament

insuficient, al menys, per tal de resoldre alguns problemes laborals dins del grup. I sobretot ens trobem davant una regulació adoptada des de diferents perspectives de l'ordenament jurídic: el laboral i el mercantil i com veurem els elements que atorguen rellevància al grup d'empreses no són exactament coincidents.

En general, podríem dir que la regulació mercantil és prou limitada i possiblement és difícil d'extrapolar a altres sectors del dret. Des de la perspectiva mercantil, allò rellevant serà la relació de control que exerceix una empresa sobre l'altra. En canvi, des de la perspectiva laboral aquella realitat aïlladament no comportarà l'atribució de la personalitat jurídica unitària al grup. La relació de subordinació no alterarà la suposada independència jurídica de les empreses. En canvi, i a diferència del que ocorre des de la perspectiva mercantil, quan es posen en relleu alguns indicis laborals, entendrem que el grup globalment és l'empresari real. Les mancances apuntades anteriorment fins a cert punt han estat superades per una jurisprudència que ha evolucionat amb els anys²⁶⁵ i que ha aportat algunes solucions als problemes plantejats en el terreny laboral.

4.3.2) LES INTERPRETACIONS JUDICIALS SOBRE ELS GRUPS D'EMPRESA:

Els buits legislatius que existeixen sobre aquesta matèria i que dificulten la resolució d'alguns problemes en el terreny laboral, han estat superats per la llavor realitzada pels òrgans judicials. Poc a poc han sorgit un conjunt de resolucions judicials que més que definir aquest concepte, han tractat de determinar quan estem davant un grup amb rellevància laboral, amb l'objectiu de poder donar solució a un conjunt de problemes que poden sorgir a l'hora de realitzar la prestació laboral en aquell entramat d'empreses i a efectes de determinar l'àmbit sobre el qual, s'ha de plantejar l'acomiadament col·lectiu.

La realització de la prestació laboral dins d'aquestes complexes xarxes d'empreses pot ocasionar problemes ben diferents en el normal desenvolupament de la relació laboral. Si en general, les regles laborals sobre les diferents vicissituds del contracte de treball tenen com a àmbit natural d'aplicació l'àmbit empresarial. En el cas dels acomiadaments per causes empresarials, les referències a l'empresa com a àmbit material i subjectiu són més que explícites. Com hem vist fins ara, és l'empresa l'àmbit sobre el qual s'ha de valorar el declivi empresarial, sobre el qual s'ha de determinar els volums d'ocupació, i en el qual hem de computar les extincions produïdes dins del període de referència, art 51.1 ET. Si a més, tenim en compte que els grups d'empreses posseeixen com a element comú que les persones físiques o jurídiques que les integren malgrat ser independents entre si, des d'una perspectiva jurídica i formal, mantenen una certa unitat econòmica²⁶⁶, el problema està servit.

²⁶⁵ GARCÍA MURCIA, J, "Las relaciones individuales del trabajo en los grupos de empresas", TS, 1999, nº98, pàg. 7: hem de parlar d'una situació d'anomalia o absència de regulació. Com a molt, podríem detectar algunes indicacions legals de caràcter puntual, amb una ubicació asimètrica dins de la legislació laboral i amb un abast material molt limitat. Ni la negociació col·lectiva proporciona regles que afronten adequadament el problema. MORENO VIDA, N, "Comentario y reseña crítica de jurisprudencia sobre los grupos de empresas en el Derecho del Trabajo", TS, 1999, nº98, pàg. 63: No existeix un règim jurídic global de l'empresa amb estructura de grup. Això continua fent necessària la llavor de la jurisprudència a efectes d'afrontar la solució d'alguns problemes.

²⁶⁶ STS, 30 de juny de 1993, Ar 4939: Des del punt de vista jurídic i formal, els components del grup gaudeixen d'autonomia i personalitat jurídica pròpia com a persones físiques o jurídiques, com a

Així doncs, són molts els dubtes, preguntes i problemes que envolten els acomiadaments per causes empresarials produïts dins del grup d'empreses, però els podem sintetitzar en dues grans qüestions: la primer fa referència a la determinació de l'àmbit sobre el qual hem de valorar el deteriorament empresarial, el volum d'ocupació i en el qual hem de computar les extincions. I la segona qüestió fa referència al subjecte que ha de respondre de l'incompliment de les obligacions que deriven del contracte de treball: l'empresa que formalment apareix com a empresari del treballador o el grup.

Tanmateix, a l'hora d'abordar aquestes qüestions hem de tenir present que la legislació laboral no atribueix directament la condició d'empresari al grup d'empreses. Aquesta condició recau, teòricament, sobre la persona física o jurídica titular de l'empresa. Per tant, en principi regirà el principi general de no comunicació de responsabilitats entre les societats integrants del grup. La idea és que no sempre, els vincles de gestió econòmica i d'organització alteren la consideració de les societats com a entitats autònomes o separades, dotades de personalitat jurídica pròpia, independents entre elles i responsables limitadament en l'àmbit de la seua actuació²⁶⁷.

A més, cal dir que la direcció unitària és un element consubstancial en qualsevol grup d'empreses. Certament, tots els grups compten amb una estratègia comuna o global dirigida per l'empresa central. En virtut d'aquesta direcció unitària, l'empresa que posseeix el control podrà interferir en la capacitat decisòria de la resta de societats i influir de forma important en la política econòmica i de finançament del grup, o en la política de personal i en l'organització i gestió de la resta d'empreses que integren el grup. El grau de subordinació i dependència variarà en funció de la tipologia de grup i del repartiment de competències entre la matriu i la resta d'empreses. Però en principi,

empreses diferenciades que són; però la concentració, el grup, genera vincles econòmics i referents en l'organització derivats del propòsit principal de l'obtenció d'una finalitat empresarial comuna. Una unitat econòmica a la qual es subordinen totes les empreses, i queda patent en l'acció unitària en l'exterior. En un mateix sentit: STSJ Catalunya, 16 de novembre de 1993, Ar 4892, i 10 de gener de 1994, Ar 142, SSTSJ Andalusia/Màlaga, 11 de juny de 1993, AL, n°3/1994, 30 de desembre de 1994, Ar 4879, STSJ de la Rioja, 30 de març de 1995, AL, n°34/1995, STSJ Andalusia/Sevilla, 27 de febrer 1997, Ar 2610. Aquestes sentències han estat extretes de: MORENO VIDA, N, "Comentario y reseña crítica de jurisprudencia sobre los grupos de empresas en el derecho español", op. cit, pàg. 64.

²⁶⁷ STS, 3 de maig de 1990, Ar 3946: que una empresa tinga accions en altra, o que diverses empreses realitzen una política econòmica de col·laboració, no comporta necessàriament la perduda de la seua independència. STS, 24 de setembre de 1990, (RJ 1990, 7045), el tribunal diferencia entre el fenomen consistent en una pura diferenciació formal que busca defraudar els interessos laborals en joc, d'aquell altre on existeixen efectives unitats empresarials independents, encara que en elles es donen coincidències en els elements de direcció o participació empresarial. En un mateix sentit: STSJ Catalunya, 20 octubre de 1997, (416), AL, n°12, 1998. Els tribunals han dit en diverses ocasions, que els vincles d'accions, funcionals o de gestió no alteren per ells mateixos la configuració individual de les societats degudament constituïdes: STSJ Galícia, 17 de març de 1994, Ar 914, STSJ Catalunya, 10 de gener de 1994, Ar 142 i 7 abril de 1994, Ar 1449, STSJ del País Basc, 21 de Març de 1994. MORENEO VIDA, N, "Comentario y reseña crítica de jurisprudencia sobre los grupos de empresas en el derecho del Trabajo", op.cit, pàg. 66, cita les següents sentències com a mostra d'aquesta interpretació: STSJ Galícia, 27 de juliol de 1994, Ar 2865, STSJ Andalusia, 30 de desembre de 1994, Ar 4879, STSJ Galícia, 16 de febrer de 1994, RL 1994/I. Per la seua part, CAMPS RUIZ, L.M, "La responsabilidad en los grupos de sociedades", en D.A, CAMPS RUIZ, LM (Dir), "Aspectos laborales de los grupos de empresas", Madrid, ed. CGPJ, 1994, pàg. 35, es manifesta en aquest sentit afirmant que la direcció unitària no pot ser considerada per ella mateixa com un indici suficient a l'hora d'entendre que existeix una única empresa des del punt de vista laboral. En realitat, aquesta exigència és consensual al grup de societats. Des del punt de vista laboral, dóna igual adoptar la forma jurídica de societat única que la de diverses societats agrupades.

podem dir que no sempre l'existència d'aquest element evidenciarà que estem davant un grup amb rellevància laboral.

Així doncs, en principi la condició d'empresari la tindrà cadascuna de les empreses que formen part del grup, aquesta és al menys la regla general. Tan és així, que en alguna ocasió s'ha dit que en principi, el fet que una empresa estiga integrada en un grup manca de transcendència laboral pel que fa a l'establiment de Societats Mercantils de diversa classe, amb limitacions de responsabilitats. Per tant, la seua actuació en el grup, qualsevol que siga, és una actuació lícita emparada en el principi constitucional de llibertat d'empresa, i cadascuna d'elles tenen personalitat jurídica independent²⁶⁸. Tanmateix, crec oportú matisar aquelles paraules.

Certament, l'ordenament jurídic laboral respecta la personalitat jurídica de les distintes societats que poden constituir-se a l'emparament del Dret Mercantil, entre les que trobem els Grups d'Empreses. La normativa laboral no entra a qüestionar ni a analitzar la constitució d'aquestes societats. Allò que s'analitza des de la perspectiva laboral no és l'existència del grup des del punt de vista mercantil, allò que analitzem és la utilització abusiva de la personalitat jurídica destinada a defraudar els legítims interessos dels treballadors.

Efectivament, en ocasions, sota l'aparença formal de distintes societats amb personalitat jurídica independent es disfressen situacions de fet en les quals, en realitat, el grup actua com una única entitat i inclús pot produir un ús fraudulent de les normes laborals. Davant aquestes situacions, allò que es pretén és determinar qui és el subjecte que ha de fer front de les obligacions laborals assumides amb els treballadors d'una empresa. La disjuntiva en aquestes situacions es planteja a l'hora de concretar qui és responsable: les empreses individuals que integren el grup o el grup d'empreses²⁶⁹.

Doncs bé, constatada aquesta realitat, els tribunals a través de diferents teories: *la doctrina de l'empresari aparent*²⁷⁰ o *la doctrina de l'alçament del vel de la personalitat jurídica*²⁷¹, han tractat d'elaborar un conjunt de criteris judicials destinats a analitzar, més enllà de l'aparença formal, qui és el vertader empresari.

²⁶⁸ STSJ de Galícia, de 27 de juliol de 1994, Ar 2865.

²⁶⁹ En relació amb aquesta idea, han assenyalat que la perspectiva de tractament dels tribunals en relació amb els grups d'empreses, coincideix amb els plantejaments del Dret del Treball i coincideix amb l'orientació protectora de l'ordenament laboral. La consideració del grup pretén impedir que la seua formació i activitat no elimine o limite l'exercici dels drets legals o contractuals reconeguts als treballadors: EMBID IRUJO, JM, "Los grupos de sociedades en el derecho español", en DA, "Aspectos laborales de los grupos de empresas", op.cit, pàg. 148.

²⁷⁰ Es tracta de determinar qui és l'empresari real en base al concepte d'empresa i empresari, art 1.2 ET. Cal concretar si la condició d'empresari recau sobre el grup, per ser aquest qui realment rep la prestació dels serveis efectuada per l'altre de forma personal, voluntària, remunerada i dins del seu àmbit d'organització i direcció: STSJ Madrid, 17 de desembre de 1991, Ar 7058. STS, 31 de gener de 1991, Ar 200: Aquesta doctrina que reconeix amb determinades cauteles la responsabilitat del grup d'empreses a efectes laborals es basa en l'art 1.2 ET.

²⁷¹ STSJ Galícia, 17 de març de 1994, Ar 914. Per poder alçar el vel i procedir a aplicar la responsabilitat solidària no és suficient amb l'existència de connexions econòmiques i financeres entre els distints membres, a més cal connexions de tipus laborals: Plantilla única o indistinta. Funcionament unitari, prestació de treball simultània o successiva a favor de diversos empresaris: STSJ Catalunya de 15 abril de 1997, (1235), AL, n°33, 1997. STSJ Catalunya, 20 octubre de 1997, (416), AL, n°12, 1998: Per poder declarar la comunicació de responsabilitats cal que es done en el Grup: confusió de plantilla, confusió de patrimonis, aparença externa d'unitat empresarial i unitat de direcció.

La doctrina de l'empresari aparent defèn que cal buscar la realitat autèntica dels fets, més enllà dels formalismes. Només quan concorren determinats requisits s'accepta l'alçament del vel de la personalitat jurídica i el reconeixement de la responsabilitat empresarial fora de la societat amb el conseqüent descobriment de l'empresari real més enllà de les formalitats jurídiques²⁷². Per altra banda, la doctrina de l'alçament del vel judicial consisteix a prescindir de la forma externa de la personalitat jurídica i endinsar-nos en el seu interior, presentant el factor comú de la concurrència de dos requisits: en primer lloc, l'apreciació de la creació i utilització de la companyia mercantil com a instrument d'una finalitat diferent de l'objecte social. I en segon lloc, quan la finalitat perseguida és il·lícita²⁷³.

Així doncs, “una progressiva jurisprudència ha passat de la doctrina tradicional de la separació de responsabilitats i de la no comunicació de les relacions laborals existents entre les societats formalment diferenciades, però amb un mateix disseny econòmic, a la més moderna de connectar amb les exigències del capitalisme avançat, que requereix successives concentracions de capital i diversificacions sectorials, sotmeses a una direcció comuna. En aquest sentit, la jurisprudència contempla una única empresa, quan un conjunt d'indicis pose de relleu l'artificialitat d'una formal separació jurídica²⁷⁴”.

A partir d'aquestes idees, la jurisprudència ha establert la responsabilitat solidària del grup a través de dos criteris: en primer lloc, quan entre les empreses es dona la circumstància de traspàs de treballadors d'una empresa a altra, de confusió de patrimonis socials, d'aparença externa unitària i d'una única direcció. En aquests casos, entenen que el grup respon a una única empresa. En segon lloc, quan existeix una conducta fraudulenta contrària a les exigències de bona fe i l'obligada prohibició de frau de llei aplicable a totes les relacions contractuals²⁷⁵.

En altres ocasions, es diu que quan diverses societats coincideixen en un finalitat comuna, encara que per raons pràctiques mantenen les seues personalitats jurídiques pròpies, hem d'entendre que la realitat mostra una empresa nascuda de l'agrupament d'aquelles. En aquestes circumstàncies, cal buscar la realitat autèntica més enllà dels formalisme²⁷⁶.

El punt de partida en qualsevol cas és el mateix: en moltes ocasions, el grup constitueix una unitat econòmica i empresarial i actua sota un mateix criteri d'organització i se sotmet a una mateixa direcció, és a dir, actua com a un empresari. Així doncs, es tracta d'atribuir la condició d'empresari al grup, al menys, a l'hora de resoldre alguns problemes laborals²⁷⁷. Tanmateix, l'atribució de la condició d'empresari

²⁷² STSJ Galícia, 17 de març de 1994, Ar 914.

²⁷³ STSJ Madrid, 17 de desembre de 1991, Ar 7058.

²⁷⁴ STSJ Catalunya, 15 de desembre de 1993, Ar 5303.

²⁷⁵ STSJ Castella la Manxa, 18 de desembre de 1992, Ar 6315. STSJ Andalusia, 2 de desembre de 1992, Ar 6285. STSJ Catalunya, 4 de març de 1993, Ar 1501, 23 de juny de 1995, Ar 2424

²⁷⁶ STSJ Catalunya, 15 de desembre de 1993, Ar 5303, 7 abril de 1994, Ar 1449: L'obligació solidària de respondre front els treballadors neix, quan el grup d'empreses actua en frau de llei. Existeix un ànim de defraudar en base al qual, les empreses estableixen una trama jurídica que disfressa situacions de fet en les quals, en realitat s'actua com una única entitat sota l'aparença formal de diferents empreses amb personalitat jurídica independent.

²⁷⁷ STSJ Castella la Manxa, 18 de desembre de 1992, Ar 6315. STSJ Andalusia, 2 de desembre de 1992, Ar 6285. STSJ Catalunya, 4 de març de 1993, Ar 1501, 23 de juny de 1995, Ar 2424. En altres

al grup no es fa de forma automàtica, cal la concurrència de determinats indicis. Els Tribunals exigeixen que més enllà d'una unitat econòmica, ha d'existir una unitat real de direcció i gestió empresarial entre les diferents societats que integren el grup. En un mateix sentit, exigeixen que les empreses que integren el grup actuen d'acord amb criteris de subordinació conforme als quals, es deixa veure certa unitat²⁷⁸.

A nivell pràctic, això es tradueix en el fet que una empresa, a través de diferents connexions pot dirigir directa o indirectament la direcció de la resta de societats segons els seus propis criteris. Aquest tipus de vinculació entre les diferents societats es pot detectar a través de l'existència de diferents indicis²⁷⁹: funcionament econòmic i empresarial unitari, confusió de béns i patrimonis, és a dir, quan existeix una caixa única o un patrimoni social confós i es produeix un ús indistint per totes elles de l'actiu o es realitzen pagaments indistints del passiu²⁸⁰.

En darrer lloc, els Tribunals exigeixen plantilla única o rotació dels treballadors en les distintes societats²⁸¹. Aquest requisit es pot manifestar a través de diferents

resolucions judicials, allò que fa que atribuïm la condició d'empresari al grup, és la prohibició d'actuar en frau de llei. Davant la utilització abusiva de la personalitat jurídica per part de les empreses que formen el grup, es fa necessari trobar l'empresari real front el formal, a través de l'alçament del vel judicial: STSJ Catalunya, 15 de desembre de 1993, Ar 5303, 7 abril de 1994, Ar 1449: l'obligació solidària de respondre front els treballadors neix, quan el grup d'empreses actua en frau de llei. Existeix un ànim de defraudar en base al qual, les empreses estableixen una trama jurídica que disfressa situacions de fet en les quals, en realitat s'actua com una única entitat sota l'aparença formal de diferents empreses amb personalitat jurídica independent. STSJ Galícia, 9 de desembre de 1991, Ar 6631, STSJ Andalusia, 25 novembre de 1993, Ar 4975, 14 de desembre de 1993, Ar 5445, STSJ Aragó, 9 de desembre de 1992, Ar 5914.

²⁷⁸ STSJ Catalunya, 10 de gener de 1994, Ar 142: Existeix grup d'empreses quan una empresa dirigeix la gestió de la resta, de tal forma que la resta no són més que espais d'organització jurídica en un únic teixit econòmic. El seu tret definitori se centra en la circumstància que la societat dominant exerceix una direcció única, que es tradueix en les àrees de finançament i en la política de personal. STS, 30 de juny de 1993, Ar 4939: El nucli del grup d'empreses està en la dominació, empresa dominant, en la situació de dependència, i en la unitat de direcció.

²⁷⁹ STS, 3 de maig de 1990, Ar 3946: És necessari que la vinculació tinga determinades característiques per tal que el fenomen de l'agrupació d'empreses tinga transcendència en aquest àmbit de les relacions: funcionament integrat o unitari, la prestació del treball indistint o comú, simultània o successiva en favor de determinats empresaris. I la recerca a través de la configuració artificial d'empreses aparents sense substrat real d'una dispersió de responsabilitats. En un mateix sentit: STSJ La Rioja, 8 abril de 1997 (1334), AL, 1997, n°36.

²⁸⁰ La sentència del jutjat social n°3 de Lleó, 18 juliol de 1999 (1457), AL, 1999, n°35, declara provada l'existència d'un grup d'empreses amb rellevància social, perquè concorren entre altres indicis l'existència d'una caixa única. Per al Tribunal, queda acreditat que ha existit un moviment exagerat de comptes entre les dues empreses condemnades i han vulnerant el principi comptable de no compensació de comptes i existeix una íntima relació econòmica entre les dues empreses,. Aquests fets suggereixen l'existència d'una caixa única per compensar deutes no només entre tercers. La compensació s'ha produït entre les empreses. En un mateix sentit STSJ Catalunya, 1 març 1995, Ar 1085: el Tribunal constata l'existència d'una confusió patrimonial suficientment rellevant per tal de poder afirmar que estem davant una situació d'unitat empresarial amb ànim defraudador.

²⁸¹ STSJ Catalunya, 16 de novembre de 1996, Ar 4892: les societats que integren el grup d'empreses mantenen una certa unitat econòmica. Però, en aquest cas, adquireix transcendència el fet que existeix una plantilla única, ja que les societats que pertanyen al grup es beneficien de la prestació laboral de treballadors formalment contractats per altra societat del grup. En un mateix sentit: STSJ Catalunya, 15 abril de 1997, (1235), AL, 1997, n°33. HERRERA DUQUE, M^a.J, "Los grupos de empresas en el ordenamiento jurídico español"; op.cit, pàg. 37. No sempre la prestació indiferenciada es produeix en aquestes condicions que són tan fàcils d'identificar. Existeixen supòsits on el treballador passa, a través d'una successió de contractes temporals, a prestar els seus serveis en diverses empreses del grup, o treballadors que presten serveis en una de les empreses del grup, que alhora dedica la seua activitat en

situacions: el treballador pot realitzar la prestació de serveis de forma simultània en diverses empreses, pot realitzar la prestació laboral successivament en diverses societats a través d'un únic contracte i posar-se alhora a disposició de la resta de societats. O pot encadenar contractes amb les empreses que formen el grup.

Finalment, també es podrà atribuir la condició d'empresari al grup, quan la separació formal de les empreses busque eludir les responsabilitats de l'empresari²⁸². La idea sembla clara, en aquests casos la separació formal de les empreses busca unes finalitats fraudulentas. Però sota aquesta aparença formal d'empreses independents jurídicament, els indicis posen en relleu que l'empresari és el grup. Aquests indicis evidencien que les notes d'alienabilitat i dependència, art 1.2 i 1.5 ET, que defineixen l'empresari respecte a una determinada relació laboral, s'han de predicar de la relació que manté el treballador i el grup d'empreses.

En tot cas, no és necessari que concorreguen tots aquests elements per tal que l'òrgan judicial pugui apreciar l'existència d'un grup d'empreses amb rellevància laboral. Tanmateix, sí cal un context d'indicis amb suficient rellevància a efectes d'apreciar que la condició d'empresari recau en el grup d'empreses. Sembla lògic aquest plantejament, ja que no es pot exigir als treballadors una prova detallada de les interioritats de l'empresa, entre altres coses, perquè aquella possibilitat no està al seu abast.

Per la seua part, els tribunals²⁸³ consideren que quan existeixen suficients elements de judicis que acrediten aquella situació, correspondrà a l'empresa aportar les dades sobre el seu funcionament i la seua estructura interna: comptabilitat, patrimoni i plantilla a efectes d'acreditar que les relacions que es donen entre les empreses, obeeixen a legítims interessos, aliens a qualsevol propòsit de defraudació. En altres paraules, es produeix una "inversió de la carrega de la prova".

Així doncs, provada la concurrència d'aquells elements: funcionament unitari, prestació de treball indistint o comú, confusió de patrimonis i aparença externa d'unitat, quedarà acreditat l'existència d'un grup d'empreses amb rellevància laboral i es podrà procedir a l'alçament del vel de la personalitat jurídica amb l'objectiu de constatar que la condició d'empresari recau sobre el grup. La conseqüència jurídica d'aquesta actuació serà el reconeixement de la responsabilitat solidària del grup d'empreses²⁸⁴. Per tant, tot seguit es procedirà a estendre les responsabilitats empresarials més enllà de la societat amb la qual està vinculat el treballador. La raó és ben senzilla, l'existència aparent d'una única empresa de vistes a l'exterior comporta la responsabilitat solidària del grup, perquè qui crea una aparença creïble està obligat enfront d'aquells que de bona fe l'acceptaren.

exclusiva a l'empresa dominant. En un mateix sentit: CAMPS RUIZ, LM, "La problemàtica jurídicolaboral de los grupos de sociedades", Madrid, ed. MTSS, 1986, pàg. 67.

²⁸² STSJ Catalunya, 15 de desembre de 1993, Ar 5303. Sentència del jutjat social de Lleó nº3, 18 juliol de 1999 (1457), AL,1999, nº53: En aquest cas, sota la formal aparença de dues societats independents, existeix una conducta abusiva en perjudici dels treballadors amb la finalitat d'eludir les responsabilitats laborals.

²⁸³ STSJ Catalunya, 20 octubre de 1997 (416), AL, 1998, nº12.

²⁸⁴ STS, 30 juny de 1993, Ar 6939, STSJ Catalunya, 15 abril de 1997 (1235), AL, 1997, nº33, STSJ Comunitat Valenciana, 8 novembre de 1995, Ar 4203. STSJ Catalunya, 20 octubre de 1997 (1235), AL, 1998, nº12.

4.3.3) ELS ELEMENTS LEGALS QUE DELIMITEN L'ACOMIADAMENT COL·LECTIU EN ELS GRUPS D'EMPRESES:

En els grups d'empreses la recerca de l'empresari real és important no només a efectes de determinar el tipus de responsabilitat que es pot derivar de l'actuació del grup. En les reestructuracions d'empreses i concretament en els acomiadaments col·lectius, el reconeixement de la condició d'empresari al grup pot comportar altres conseqüències pràctiques relacionades amb l'àmbit material i subjectiu que delimiten l'acomiadament col·lectiu. En relació amb aquest tema, seria convenient diferenciar dues situacions:

Si allò que queda acreditat és l'existència d'un grup d'empreses des del punt de vista mercantil, el grup no serà l'àmbit sobre el qual han de concórrer els elements legals dels acomiadaments col·lectius. Si ens trobem davant una agrupació d'empreses que poden mantenir entre elles vincles de direcció, d'organització o poden tenir una participació d'accions; però no estan subjectes a un poder únic de direcció, el grup no tindrà rellevància laboral. En aquests supòsits, les empreses no actuen en el mercat sota uns mateixos dictats i coordinades i no mantenen vincles laborals, aleshores hem de considerar que cadascuna manté la seua personalitat jurídica pròpia.

Lògicament, sota aquestes circumstàncies, serà l'empresa i no el grup l'àmbit adequat a efectes de valorar el declivi empresarial que justifica l'acomiadament i l'àmbit sobre el qual, s'han de computar les extincions produïdes en el període de referència, perquè la unitat d'organització i de caràcter econòmic a la qual està vinculat el treballador i on realitza la seua prestació, és l'empresa concreta integrada en un grup.

Ara bé, si queda acreditada l'existència d'un funcionament unitari de les empreses del grup, una confusió de patrimonis, una rotació dels treballadors d'una empresa a altra i existeix una aparença externa d'unitat empresarial, hem de pensar que les empreses actuen d'acord amb uns criteris de subordinació i ens permet identificar una certa unitat econòmica i d'organització. En aquests casos, com hem dit anteriorment, la condició d'empresari recaurà sobre el grup²⁸⁵.

Si la jurisprudència i la doctrina judicial, a través d'aquests criteris, han volgut donar rellevància a la recerca de l'empresari real i a partir de la seua determinació han extret una sèrie de conseqüències jurídiques, hem d'acceptar que és el grup l'àmbit sobre el qual han de concórrer els elements legals dels acomiadaments col·lectius. La interpretació més coherent amb aquesta línia judicial és aquella que afirma, que en aquestes circumstàncies, en una reestructuració empresarial hem de valorar la situació econòmica del grup a nivell global. Sobretot, quan quede acreditada l'existència d'una caixa única. En aquest sentit, són diferents les situacions que ens poden fer pensar que

²⁸⁵ HERREA DUQUE, M^a.J., "Los grupos de empresas en el ordenamiento jurídico español", op.cit, pàg. 34. La direcció unitària i el grup dins d'aquella direcció, té com a pressupost la perduda de la independència econòmica de les distintes societats que formen part del grup. Això requereix, com a mínim, que la societat dominant siga competent a l'hora de decidir sobre el finançament, planificació, i adopció de mesures financeres, d'administració del patrimoni i control de la política de personal. TERRADILLOS ORMAETXEA, E, "Los "grupos de empresas" ante la jurisprudencia social española", op.cit, pàg. 20 i 21. Considera que determinades parcel·les de decisió de les societats del grup es poden veure afectades per l'exercici de la direcció unitària, i això pot posar de manifest l'existència de diferents centres de decisió. En paraules més properes al Dret del Treball, ens trobaríem davant un determinat fraccionament del poder de l'empresari.

existeix un patrimoni social confós: ús indistint per les societats de l'actiu, pagaments indistints del passiu o compensació de deutes entre les societats.

En aquest sentit, la doctrina manté amb caràcter general que l'adopció de mesures d'ajustament de plantilla, de reorganització o reestructuració d'empreses que pertanyen al grup, hauran de tenir en compte normalment la situació global del grup i no només la de l'empresa més directa i immediatament afectada²⁸⁶. En aquest sentit, quan es posa de manifest una utilització formal del grup i existeix una unitat empresarial en termes de capital, direcció, d'organització i direcció, hem de presumir que existeix una utilització fraudulenta i abusiva d'aquesta figura. En aquests casos, s'ha de procedir a l'alçament del vel jurídic amb la plena equiparació del grup a la unitat empresarial a efectes del tractament jurídic dels acomiadaments col·lectius²⁸⁷.

Segons argumenten alguns autors, la situació econòmica negativa en aquesta xarxa de societats ha de fer referència al grup d'empreses, ja que l'única realitat econòmica certa, serà la que derive del balanç consolidat i no del parcial d'una de les societats²⁸⁸. Així doncs, en principi, la unitat del còmput serà l'empresa, però excepcionalment podrà jugar com a unitat del còmput el grup d'empreses en aquells supòsits on el grup actua com un empresari únic²⁸⁹.

Respecte a la consideració del grup d'empreses com a empresari real en els acomiadaments col·lectius, alguns autors²⁹⁰ mantenen majors reserves i consideren que la interferència del grup d'empreses en relació amb els l·lindars quantitativs i numèrics que conceptualitzen l'acomiadament col·lectiu, no sembla susceptible d'una resposta unitària i uniforme per a tots els supòsits de grups. En tot cas, dependrà de l'estructura del grup.

²⁸⁶ GARCÍA MURCIA, J, "Las relaciones individuales de trabajo en los grupos de empresa", op.cit, pàg. 17. APILLUELO MARTÍN, M, "Grupos de empresas y derecho del Trabajo", AL, 1996-I, n°15, pàg. 342: En els supòsits dels art 40, 41, 47, 51 ET, les modificacions o alteracions contractuals s'han d'apreciar tenint en compte el Grup. MOLINA NAVARRETE, C, "Los despidos por causas empresariales en el ámbito de las empresas con estructura de grupo", op.cit, pàg. 25 i 26: Aquesta valoració unitària resultarà pertinent no només en els supòsits fraudulents. Efectivament, també hauran d'englobar-se totes aquelles hipòtesis que acrediten, independentment de la finalitat perseguida, que en la situació econòmica negativa de la singular empresa ha incidit, de forma directa o indirecta, l'exercici d'una "influència dominant" per part de la política comercial ...del grup, una situació que ha provocat un desequilibri econòmic i financer de la unitat menor

²⁸⁷ NAVARRO NIETO, F, "Los despidos colectivos", op.cit, pàg. 112.

²⁸⁸ ARAMENDI SÁNCHEZ, P, "Peculiaridades en la personalidad del empresario con relevancia en los despidos económicos", DL,1996, n°48, pàg. 93.

²⁸⁹ DESDENTADO BONETE, A, "Los despidos por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción", en D.A, "Reforma de la legislación laboral", op.cit, pàg. 183. QUINTANA PELLICER, J, "El despido objetivo. Algunos criterios judiciales después de la reforma de 1997", op.cit, pàg. 331. HERRERA DUQUE, M^a.J, "Los grupos de empresas en el ordenamiento jurídico español", op.cit, pàg. 53: L'existència del grup d'empreses com un entramat econòmic adquireix en matèria d'acomiadaments per causes econòmiques una especial rellevància, perquè és necessari conèixer la situació econòmica del grup. CAMPS RUIZ, LM, "La problemática jurídico-laboral de los grupos de sociedades", op.cit, pàg 98 i 99. El Dret Laboral no contempla aquesta possibilitat, però des del punt de vista econòmic existeix una clara relació de dependència, això fa necessari valorar l'estat del grup. L'autoritat ha de tenir en compte aquest punt de vista, ja que ha de valorar les possibilitats de supervivència de l'empresa. La qüestió principal que analitzem en l'expedient no és determinar la identitat de l'empresari, allò que cal analitzar és la possible continuïtat de l'empresa.

²⁹⁰ MONEREO PÉREZ, J, FERNÁNDEZ AVILÉS, A, "El despido colectivo en el derecho español", op.cit, pàg. 79-81.

Altres autors²⁹¹, consideren que la menció expressa que fa l'art 51 ET ha d'interpretar-se de forma estricta, malgrat que la jurisprudència ha evolucionat en un sentit contrari. En concret, ha interpretat que el número màxim de treballadors previst en ell, havia de computar-se dins del grup. No obstant, consideren que després de la reforma del 1994, aquesta conclusió ha de variar. La reforma limita la rellevància del grup al terreny de l'efectivitat dels drets d'informació dels representants dels treballadors, art 51.14. Per tant, hem de considerar que el grup d'empreses no és rellevant per tal de computar el volum d'ocupació, excepte quan aquest siga una aparença formal que intenta burlar una situació de frau.

Malgrat les diferents interpretacions doctrinals, possiblement procedirà valorar l'estat global del grup, quan es pose en relleu que aquest constitueix una única unitat econòmica²⁹². No és massa lògic pensar que davant aquests indicis l'empresari és el grup i les empreses estan obligades a respondre solidàriament. Però, en altre nivell i davant els mateixos indicis, quan es tracta de valorar la situació econòmica real per poder plantejar el projecte d'acomiadament, estimar que l'empresari és cadascuna de les empreses.

Així doncs, realitzar una valoració unitària de l'estat econòmic i financer del grup sembla lògic, si tenim en compte que aquestes societats que integren el grup mantenen una certa unitat econòmica i es troben connectades per un vincle econòmic i d'organització destinat a aconseguir una finalitat empresarial comuna²⁹³. A més, segurament el deteriorament empresarial que puga patir alguna de les seues societats està relacionat amb la direcció unitària realitzada per la societat que posseeix una posició dominant, perquè és ella la que dirigeix, directa o indirectament, la gestió de les diferents societats d'acord amb els seus criteris.

A més, no hem d'oblidar que en algunes ocasions serà l'empresa matriu la que controle el procés productiu global. En determinades situacions, aquesta podria "desmantellar" alguna de les seues filials i generar una crisi fraudulenta i provocada. L'objectiu d'aquesta actitud seria precisament realitzar reestructuracions parcials de les plantilles d'algunes filials per tal de reduir costos. En els pitjors dels casos, a través d'una crisi "artificial" de la filial tractaria de tancar l'empresa definitivament amb uns objectius especulatiu.

²⁹¹ GOERLICH PESET, J.M, "El despido colectivo", en D.A, "La reforma del ET", op.cit, pàg. 121-122. PRADOS DE REYES, F.J, "La terminación del contrato de trabajo por circunstancias objetivas que afectan a la plantilla", TB., València, 1997, pàg. 37. MARTÍNEZ ABASCAL, V.A, "La extinción del contrato de trabajo", en D.A, "La reformas laborales de 1994 i 1997", op.cit, pàg. 252: Es refereix a la pertinença de computar el volum d'ocupació en l'àmbit de l'empresa i no del grup, excepte quan es donen indicis d'actuació fraudulenta en relació amb les restants empreses. Del contrari, i en el supòsit que la situació econòmica de les altres societats siga favorable, això equivaldria a mantenir, una espècie de rèmorra que faria perillar totes les empreses, i augmentarien els costos socials.

²⁹² HERRERA DUQUE, M^a.J, "Los grupos de empresas en el ordenamiento jurídico español", op.cit, pàg. 37. Existeix unitat empresarial des de la perspectiva de la confusió de patrimonis, quan les societats actuen amb un alt grau de comunicació entre els patrimonis molt elevat. En aquest sentit, existeix caixa única quan es compensen deutes, transfereixen la totalitat o part dels immobles, manquen de metàl·lic, tenen tresoreria pròpia, remuneració indistinta del personal, o renuncia interna de crèdits.

²⁹³ En la STSJ de Catalunya, 1 desembre de 1995, Ar 4880 el Tribunal desestima la demanda relativa a unes amortitzacions de llocs de treball per raons econòmiques, realitzades en un grup d'empreses, però diu que procedirà valorar l'estat econòmic i financer de la resta d'empreses del grup, quan es demostre de forma rellevant connexions financeres, d'inversions, i principalment relacions concomitàncies en virtut de les quals, deduïm que el grup és l'empresari real.

Així doncs, la interrelació entre els grups i les causes legals dels acomiadaments econòmics pot esdevenir una interrelació perillosa. En ocasions, les relacions del grup poden ser la font de mesures de reorganització raonables i convenients per a la competitivitat de les empreses individuals. Però en altres ocasions, les relacions del grup actuen com una font de problemes i creen crisis més o menys induïdes per la matriu²⁹⁴.

En definitiva, la valoració global de la situació econòmica pot estar justificada si pensem que de vegades, les decisions sobre les reestructuracions de plantilla que afecten les diferents societats troben el seu origen, en una decisió adoptada per la societat que exerceix el control. No obstant això, també és cert que aquesta no és una posició pacífica dins de la doctrina judicial²⁹⁵. En qualsevol cas, segons aquest plantejament, el grup serà també l'àmbit adequat a l'hora de determinar el volum d'ocupació i computar les extincions, perquè la unitat real a la qual està adscrit el treballador, on realitza la seua prestació laboral, és el grup. Aquesta és la conclusió a la qual hem d'arribar, quan entre altres indicis existeix una confusió de plantilles entre les diferents societats.

Tal vegada, com a assenyala algun autor²⁹⁶, la valoració unitària del grup en compte de ser una garantia de viabilitat, pot arribar a ser tot el contrari: una situació d'inviabilitat on les perdudes es generalitzen, es posa en perill la continuïtat de les altres societats i finalment augmenten els costos socials. Certament, pot ocórrer que allò que era una crisi individualitzada contagia la resta de societats i es convertesca en una crisi generalitzada. Ara bé, no podem negar que aquesta valoració és necessària a efectes de protegir els drets dels treballadors de les distintes societats sobretot, quan existeix un ús abusiu i fraudulent de la personalitat jurídica destinada a eludir responsabilitats. Per altra part, encara que és cert que l'ET no contempla aquesta possibilitat a l'hora de valorar la causalitat, tampoc l'exclou, ni impossibilita aquest tipus de consideracions. Altra cosa és, allò que manté el TJCE.

²⁹⁴ MOLINA NAVARRETE, C, "los despidos por causas empresariales en el ámbito de las empresas con estructura de grupo", op.cit, pág. 25. BAZ RODRÍGUEZ, J, "Las relaciones de trabajo en la empresa de grupo", Granada, ed. Comares, 2002, pág. 322

²⁹⁵ En algunes resolucions l'òrgan judicial estima que és necessari valorar l'estat econòmic del grup de forma unitària a l'hora de declarar procedents els acomiadaments per causes econòmiques: STSJ Galícia, 6 de febrer de 1995, Ar 581: és necessari conèixer el balanç econòmic del grup a efectes d'acreditat la causa econòmica d'un acomiadament realitzat per una de les empreses. STSJ de Galícia, 25 abril de 1995, Ar 1516: declara improcedent l'acomiadament, perquè la situació econòmica negativa ha de concórrer en el grup. S'ha de valorar la situació econòmica de forma unitària. STSJ Castella i Lleó, 27 juliol de 1995, AS 2972, i STSJ Catalunya, 4 de novembre de 1996, AS 3635. STSJ Madrid, 19 de novembre de 1996 (368), AL,1997, nº10: És evident que per tal de poder estimar que concorre la causa econòmica és necessari conèixer la situació global, no és suficient amb una visió parcial. STS, 23 de juliol de 1999, Ar 6403, 22 octubre de 1991, Ar 9153. En contra: STSJ Galícia, 29 de juliol de 1995, Ar 2820: La situació econòmica negativa d'una empresa pot ser perfectament individualitzada. Excepte quan es donen indicis sobre una actuació fraudulenta en relació amb la resta d'empreses del grup, no podem negar a l'empresa afectada mesures adequades per poder garantir la seua viabilitat.

²⁹⁶ MOLINA NAVARRETE, C, "Los despidos por causas empresariales en el ámbito de las empresas con estructura de grupo", op.cit, pág. 25. Per la seua part BAZ RODRÍGUEZ, J, "Las relaciones de trabajo en la empresa de grupo", op.cit, pág. 325-326, Considera que la particular formulació de les causes de l'acomiadament per causes econòmiques, art 51 i 52 ET, va referida en principi, als nuclis d'organització menors que formen un grup. Considera que la seua inclusió en un grup, no ha de ser per a l'interpretar una circumstància rellevant alhora de controlar i legitimar la procedència dels acomiadaments per raons econòmiques. Assenyala la conveniència que les parts durant la negociació col·lectiva delimiten a priori i de mutu acord, els termes de concurrència de les causes econòmiques.

En alguna ocasió, el TJCE²⁹⁷ ha estimat que en els acomiadaments col·lectius realitzats en grups d'empreses, l'àmbit material i subjectiu que delimita aquest tipus d'acomiadament és el "centre de treball", és a dir, la unitat a la qual estan adscrits els treballadors afectats per l'acomiadament. Per tant, exclou la possibilitat que siga el grup l'àmbit sobre el qual, es projecta el declivi empresarial i es computen les extincions. També és cert, que tampoc nega de forma absoluta la possibilitat de realitzar una valoració unitària del grup davant un acomiadament col·lectiu. Així queda patent quan el TJCE, en l'afer Rockfon, estima que les diferents versions lingüístiques de la Directiva utilitzen una terminologia distinta per tal de designar el concepte "centre de treball".

En cas de discrepàncies entre les diferents versions, l'esmentada disposició ha de ser interpretada en funció de la *sistemàtica general* i de la *finalitat de la normativa* de la qual forma part. En el supòsit debatut, la valoració global del grup ajuda a consolidar una de les finalitats de la Directiva 98/59 i de l'art 51 ET, a saber: reforçar la protecció dels treballadors davant un acomiadament col·lectiu. Però és més, fent ús de la mateixa definició comunitària del concepte "centre de treball", resulta que en els supòsits analitzats fins ara el grup resulta ser la unitat econòmica i d'organització a la qual estan adscrits els treballadors, perquè en aquests casos és freqüent trobar-nos amb una plantilla única, o uns treballadors que van rodant d'una societat a altra. Per tant, la unitat en què realitzen la seua prestació és el grup d'empreses considerat globalment.

4.4) ELS ACOMIADAMENTS COL·LECTIUS EN ELS GRUPS D'EMPRESA MULTINACIONALS:

4.4.1) EL NOU CONTEXT GENERAT PER LA MUNDIALITZACIÓ DE L'ECONOMIA:

La globalització és en essència un procés de liberalització dels béns, serveis i capital²⁹⁸. Vivim en un món caracteritzat per un comerç internacionalitzat i un desenvolupament tecnològic vertiginós. L'increment de les inversions institucionals, l'augment de les inversions creuades internacionals, les deslocalitzacions de les tasques,

²⁹⁷ STJCE 1995/218, Afer: C-449-93. Cas: Rockfon.

²⁹⁸ LEE, E, "Mundialización y empleo: se justifican los temores?", RIT, 1996, nº5, pàg. 527. El ràpid creixement del comerç mundial, de les inversions estrangeres directes i dels fluxos financers internacionals al llarg del darrer decenni, han estat les principals causes de la creixent "mundialització" de l'economia planetària. Podem atribuir aquest fenomen a la liberalització econòmica que recorre tots els continents: la reducció de les barres aranzelàries al comerç internacional, el fenomen de la inversió estrangera, i la no reglamentació dels mercats financers. Ahora, les repercussions d'aquesta política han augmentat pel desenvolupament tecnològic que permet reduir costos del transport i de les comunicacions, amb la qual cosa ha augmentat el ventall de béns i serveis que poden ser objecte del comerç internacional. CARRASCOSA GONZÁLEZ, J, RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C, "Contrato internacional y convenio de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: impacto en el sistema español", RL, 1996, pàg. 3335. Aquests autors defineixen aquest procés com aquell a través del qual, dos o més mercats nacionals s'uneixen per tal de formar un únic espai econòmic de dimensió més convergent. El procés d'integració econòmica mundial respon a la idea clàssica segons la qual, l'especialització i l'intercanvi permeten augmentar l'eficiència. Per tal d'aconseguir aquest objectiu, eliminen els instruments o mecanismes que permeten els tractaments diferenciats, com els aranzels i les duanes d'efecte equivalent

els canvis ràpids en la propietat i un major ús de les tecnologies de la informació i de les comunicacions, fan que la competitivitat tinga un abast global²⁹⁹.

Evidentment, aquest nou procés ha generat una major competitivitat entre les empreses, perquè aquestes no han de competir només amb les del seu costat, ho han de fer també amb aquelles radicades al Japó, als EEAA i sobretot amb aquelles situades en els nou països que s'incorporen a la UE. Per tal d'adaptar-se a aquests nous esdeveniments o simplement per poder continuar en el mercat, aquestes comencen a agrupar-se i comencen a proliferar grans grups d'empreses amb filials dispersades per diferents països.

Podríem dir que aquesta és la conseqüència econòmica i financera que comporta aquest procés, que sembla que és inevitable. Però com ocorre quasi sempre, aquest fenomen econòmic va acompanyat d'unes exigències que repercuteixen en les relacions laborals. Les empreses i els grups exigeixen reducció de costos per poder adaptar-se a aquest entorn i fer front a les perdudes o a les reduccions de beneficis. En definitiva, demanen constantment un major grau de flexibilitat laboral, que es tradueix en contenció salarial, augments de la jornada laboral i evidentment acomiadaments col·lectius³⁰⁰.

Curiosament, algunes de les mesures laborals comentades en les línies anteriors o d'altres que proposen, eren mesures que fins a no fa massa estaven pensades per a les empreses en "crisi" i quan parlàvem de crisis, aquesta l'associàvem amb un procés de perdudes consolidat. Eren mecanismes que tractaven de salvaguardar l'estabilitat econòmica de l'empresa a efectes d'evitar aquelles mesures més dràstiques. Havien d'aplicar-se en empreses amb problemes de solvència o amb desequilibris econòmics greus. Però les coses han començat a canviar, perquè les empreses integrades en grups, comencen a anunciar reestructuracions empresarials al·legant que les empreses del seu entorn produeixen amb uns costos salarials més baixos. En molts casos, aquestes decisions no són adoptades per elles directament, sinó per l'empresa matriu. Això sí, el projecte pot afectar perfectament empreses radicades al nostre territori sense problemes de solvència.

De vegades, no és necessari materialitzar el projecte d'acomiadament col·lectiu, l'anunci d'una reestructuració empresarial i el trasllat de la producció a altre lloc pot servir per rebaixar els drets i garanties dels treballadors. I aquelles mesures que servien per tal assegurar la continuïtat de l'empresa, ara serveixen per tal d'evitar els trasllats de

²⁹⁹ Dictamen del CESE sobre "Abast i efectes de la deslocalització", 2005/C 294/09.

³⁰⁰ La Patronal CEOE pensa que el principal desequilibri de l'economia espanyola és la pèrdua de competitivitat exterior. Per corregir-lo proposa major flexibilitat en les relacions laborals, rebaixar els costos fiscals i les cotitzacions de les empreses i actuar en la negociació col·lectiva de 2005 amb mesures com les següents: contenir els augments salarials, augmentar la productivitat o incrementar la jornada laboral. Per tal de fer front al trasllat de la producció, proposen actuar sobre els costos laborals no salarials i incidir en unes relacions laborals més flexibles. País, 18 de novembre del 2004, pàg. 62. En canvi, com mantenen alguns autors el model de competitivitat imposat en els anys vuitanta i noranta basat en la mà d'obra abundant, amb mobilitat, salaris i prestacions socials baixes, flexibilització de la contractació, de la negociació col·lectiva i de l'acomiadament, està exhaurit. Aquest model no ha impedit que les empreses traslladen la producció i tanquen les seues instal·lacions buscant nous països emergents. ZUFIAUR, JM, "Globalización económica y deslocalizaciones económicas", RL, 2005, n°2, gener, pàg. 91 i 92.

producció i evitar, en algunes ocasions, acomiadaments col·lectius³⁰¹. En definitiva, com han assenyalat altres, “els governs que desitgen atreure i conservar inversions estrangeres directes han de fer concessions i la posició negociadora dels treballadors es veu debilitada davant l’amença de traslladar la producció”³⁰².

Senzillament les coses funcionen a l’inrevés, apliquem mesures destinades a superar desequilibris estructurals en empreses que no en tenen, i en compte de competir amb les empreses del nostre entorn invertint en investigació, innovació, tecnologia i en qualitat, competim amb elles a la baixa, fent més precàries les relacions laborals. En definitiva, situant-nos al mateix nivell de garanties laborals que els països que acaben d’incorporar-se a la Unió Europea.

Afortunadament, comencem a escoltar algunes veus que expliquen que “la competitivitat no pot aconseguir-se reduint només costos laborals, en tot cas, la variable important no són els costos salarials, sinó els costos laborals unitaris vinculats a la productivitat, una productivitat que depèn fonamentalment de factors com la investigació, la innovació, la formació i l’educació³⁰³”. En definitiva, el creixement econòmic i el manteniment d’un bon teixit industrial passa per l’establiment d’una vertadera política industrial.

Així doncs, dóna la sensació que aquells que demanen flexibilitat laboral per poder adaptar-se a les noves exigències de l’economia de mercat i competir amb aquestes empreses que produeixen amb costos laborals menors, en realitat confonen flexibilitat amb “desrregulació³⁰⁴”. És possible que no vulguen adaptar les normes jurídiques als nous esdeveniments, més aviat voldrien suprimir les normes que regulen el mercat de treball i eliminar tota protecció individual i col·lectiva³⁰⁵.

³⁰¹ A forma d’exemple podríem citar el cas de la SEAT. Aquesta empresa, davant una disminució de beneficis del 33%, pactà algunes mesures per fer més flexibles les relacions laborals, i evitar els acomiadament. En un mateix sentit, pactà una congelació salarial per evitar traslladar part de la producció a Eslovàquia. Per altra banda, Volkswagen- Alemanya, finalment ha pactat una congelació salarial fins el 2007, a canvi d’evitar un important reestructuració empresarial. LEE, E, “Mundialización y empleo. Se justifican los temores?”, op.cit, pàg. 535. Alguns temen que la intensificació de la competència mundial pressione a l’hora de rebaixar els salaris i les normes laborals. L’augment de la competència comporta estratègies de reducció de costos, i aquesta tendència té efectes negatius sobre els salaris i les condicions de contractació i de treball en les empreses. Aquestes procedeixen a reestructurar-se, redueixen la plantilla i adopten postures més intransigents en la negociació col·lectiva, i en els pitjors dels casos, traslladen la producció a l’estranger on els costos són més reduïts. D’aquesta forma, els treballadors han de reduir les seues exigències en la negociació col·lectiva.

³⁰² LEE, E, “Mundialización y normas de trabajo. Puntos del debate”, RIT, 1997, nº2, pàg. 191.

³⁰³ ZUFIAUR, JM, “Globalización económica y deslocalizaciones productivas”, op.cit, pàg. 92.

³⁰⁴ RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M, “Flexibilidad, juridificación y desregulación”, RL, 1987-I, pàg. 26 i següents. Aquest autor defineix la “desrregulació” com la supressió de normes que regeixen el mercat de treball, de forma que són l’empresari i els treballadors els que fixen les condicions. Allò provoca l’eliminació de tota protecció, tant col·lectiva com individual. MORENO DE TORO, C, “Contrato de trabajo y autonomía de la voluntad”, RL, pàg. 636. La desrregulació és suprimir sense més, i flexibilitat implica adaptació de les condicions laborals i de les normes que les regulen, tenint en compte les circumstàncies que ens rodegen.

³⁰⁵ LEE, E, “La mundialización y normas del trabajo. Puntos críticos”, op.cit, pàg. 190: des d’aquest treball, l’autor apunta que des de diferents instàncies apunten que les principals causes de l’atur són: la reglamentació del mercat de treball i l’estat benefactor. Precisament alguns estimen que aquests fets provoquen dificultats per a realitzar el canvi estructural de l’economia, per propiciar una estabilitat excessiva en el treball. Tenint en compte això, demanen reduir la reglamentació del mercat laboral aconseguint d’aquesta forma uns mercats laborals més flexibles.

En definitiva, com comentava, les coses comencen a canviar, però no de la mateixa forma per a tots. Els països europeus que fa vint anys eren vistos de bon grat per aquestes grans corporacions i ens portaven les seues filials, a mesura que augmenten les conquestes socials fugen espantats. En canvi, aquells que s'acaben d'incorporar al nou context econòmic ixen beneficiats per aquests grups empresarials³⁰⁶.

4.4.2) MULTINACIONALS, TRASLLATS DE PRODUCCIÓ I ACOMIADAMENTS COL·LECTIUS:

No existeix una definició precisa d'allò que hem d'entendre per "l'empresa multinacional" i això segurament està causat per la pluralitat de formes que aquesta pot adoptar. Però podríem dir que allò que la diferencia bàsicament dels grups nacionals, és precisament que l'empresa matriu, aquella que elabora l'estratègia global del grup, que s'ha de materialitzar amb la cooperació i participació de les filials, és troba en un país diferent al de les seues filials i per tant, les activitats del grup s'estenen per diferents països i continents.

Aquesta forma d'organitzar-se permet que puguen utilitzar en el seu profit les regulacions laborals o fiscals que els diferents ordenaments estatals reconeixen. Alhora, aquesta situació permet que els grups multinacionals puguen adaptar-se més fàcilment als canvis que es donen en l'economia de mercat. Així és, en funció de la seua estratègia global i buscant reducció de costos i millorar la seua competitivitat, cada vegada més les multinacionals proposen reestructuracions parcials o decideixen tancar les seues instal·lacions al nostre territori i traslladar tota o part de la producció a altres Estats amb regulacions laborals menys beneficioses per als treballadors i això evidentment, facilita que aquestes puguen competir amb uns costos inferiors al de les empreses radicades a Espanya o França.

En aquestes circumstàncies, estan totalment fundades les nostres preocupacions sobre com valorar aquests entramats d'empreses que s'estenen per diferents països. Però és més, segurament cal replantejar-nos l'àmbit sobre el qual ha de projectar-se l'acomiadament col·lectiu. Ja no resulta tan estrany que empreses radicades al nostre territori sense desequilibris econòmics greus, tanquen les seues instal·lacions i traslladen la producció a països més "interessants". En moltes ocasions, aquestes decisions són proposades per l'empresa matriu radicada als EUA, al Japó o en altres països europeus³⁰⁷.

³⁰⁶ Resolució sobre reestructuracions i el trasllat industrial a la UE", DO n° C 362, de 2/12/1996. En aquest document es posa de manifest que els trasllats d'empreses, poden tenir efectes positius si creen treball en regions amb un elevat percentatge d'atur, però per altra part, comporta efectes negatius en suprimir llocs de treball en les regions on encara no tenen altra alternativa.

³⁰⁷ LEVI'S SRTRAUSS, ha decidit tancar les seues empreses de Girona i Sòria. La companyia ha justificat el tancament, al·legant que la decisió ha estat adoptada pel grup que vol recuperar la competitivitat reduint costos i fent més òptims els recursos amb l'objectiu d'aconseguir els seus objectius financers a llarg termini. , La Gaceta, 4 juny de 2004, pàg. 16. En anys anteriors, aquesta mateixa empresa ha dut a terme reestructuracions de plantilla pels mateixos motius. Entre 1996 i 1997 els seus beneficis es reduïren un 4%, aquesta situació econòmica provocà el tancament 11 plantes. Els acomiadaments afectaren 6395 treballadors, un 1/3 de la força de treball de l'empresa a Nord-Americana. Levi's tancà tres de les quatre fàbriques radicades al Paso, Texas. A l'any següent, anuncià una reestructuració empresarial a Europa i als EEUU, els acomiadaments afectaren en total 16.310 de treballadors en dos anys: KLEIN, N, "No logo. El Poder de las marcas", Barcelona, ed. Paidós, 2001, pàg. 243.

En ocasions, aquestes empreses radicades al nostre territori i que formen part de grups multinacionals no tenen perdudes. El projecte d'acomiadament es proposat per l'empresa matriu tenint en compte la situació econòmica d'alguna de les empreses radicades als EUA o a Europa i en funció principalment de l'estratègia global del grup³⁰⁸. Segurament aquestes decisions no tracten d'assegurar la viabilitat futura de l'empresa. Allò que està en joc en aquests casos no és precisament la seua continuïtat. Les reestructuracions més aviat les adopten davant reduccions de beneficis o per la disminució de la seua competitivitat generada per la incorporació a la UE de nous països, amb costos salarials menors, majors jornades laborals, menors carregues fiscals, menors exigències mediambientals³⁰⁹ i també menors garanties i drets per als treballadors³¹⁰.

Com va explicar Samsung quan va anunciar que tancava la factoria radicada a Catalunya i es traslladava a Eslovàquia: “per mantenir la seua competitivitat necessita concentrar la seua activitat, i això implica treballar amb un número reduït de fàbriques que compten amb instal·lacions de processos integrats i menors costos de producció, components i logística”³¹¹. El més interessant de tot, és que aquesta empresa, com altres que han seguit aquest camí, no patia cap desequilibri econòmic greu³¹². Samsung tenia

³⁰⁸ Com estava dient les reestructuracions empresarials dins del grup s'adopten en funció de l'estratègia global del grup, amb la qual cosa no necessàriament l'empresa ha de tenir perdudes. Aquesta situació l'exemplifica perfectament NISSAN: La factoria de NISSAN de la zona franca de Barcelona, ha aconseguit igualar el nivell de competitivitat al de la planta anglesa de Sunderland, el referent del grup a Europa. La filial espanyola prepara ara un nou pla de reducció de costos per poder situar-se als mateixos nivells que les plantes situades a Tailàndia y Xina. Per la seua part, MERCEDES-BENZ que pertany al grup DAIMLER CHRYSLER a partir de 2006 començarà a produir a Xina el model “Clase E”. Cinco días, 6 de maig de 2005.

³⁰⁹ Als darrers anys, tant a nivell internacional com comunitari, s'ha produït un fort debat sobre el paper i la responsabilitat que han de tenir les empreses a l'hora d'aconseguir un desenvolupament sostenible i respectuós amb les exigències mediambientals. Dins d'aquest context, hem d'incloure: El Llibre Verd “Fomentar un marc europeu per a la responsabilitat social de les empreses”. El “pacte Mundial”, iniciativa impulsada des de les Nacions Unides i que té com a objectiu que les empreses col·laboren a efectes d'aconseguir millores socials i mediambientals a nivell mundial. Les Directrius de la OCDE que propugnen també un desenvolupament sostenible. La comunicació de la Comissió “Deu anys després de Rio” així com la Cimera Mundial sobre el desenvolupament sostenible al 2002. I en darrer lloc, El protocol de Kioto, sobre la reducció de gasos d'efecte hivernacle. El propòsit no és altre que al 2012 la UE contamine un 8% menys que al 1990. Està per veure les conseqüències econòmiques que poden generar aquests compromisos en alguns sectors industrials com el sector de la Siderúrgia, ciment, refineries o en el sector valencià de taulells i ceràmica.

³¹⁰ Aquestes són algunes de les raons que poden justificar els trasllats de producció, però existeixen altres: l'elevada cotització de l'EURO, la qualitat de les infraestructures, dels serveis públics, qualificació dels treballadors. I evidentment la divergència entre les legislacions laborals. ZUFIAUR, JM, “Globalització econòmica y deslocalización productiva”, op.cit, pàg. 84.

³¹¹ El mundo, 16 de gener de 2004, pàg. 35.

³¹² L'asseguradora WINTERTHUR, que pertany a un grup suïss, ha decidit dur a terme una reestructuració de la seua plantilla a Espanya. Aquesta afectarà 500 treballadors. I això que aquesta empresa tenia beneficis a Espanya. WINTERTHUR- espanya tancà l'exercici de 2003 amb un resultat positiu de 26'6 milions. L'asseguradora nord-americana AETNA reduirà el 9% de la plantilla, i això que l'empresa ha reconegut que el grup ha registrat dos trimestres sòlids. A Europa COLT TELECOM acomiadarà 800 treballadors per tal d'estalviar 40 milions de lliure a l'any a través de la reestructuració. DUPONT, multinacional americana, ha anunciat l'acomiadament de 3500 treballadors en el marc d'un ampli pla de reestructuració del grup. Amb això pretén estalviar 900 milions de dòlars anuals a partir de 2005. La reestructuració afectarà el 6% de la plantilla. DUPONT té dues empreses a Espanya. APHILIPS, la multinacional holandesa ha decidit tancar l'empresa de la Garriga, i això que malgrat que havia patit una reducció de la demanda, aquesta tenia beneficis. L'empresa de joguines MB, de la multinacional HASBRO, ha tancat la planta de producció radicada a Riba Roja, València, acomiadant 515 treballadors, i ha traslladat la producció a Xina. La competència asiàtica i la fortalesa del euro han afectat seriosament

beneficis a Espanya, els resultats de 2003 foren positius i com va dir l'empresa: "la facturació s'havia mantingut com al 2002: 800 milions d'euros aproximadament.

Aquestes explicacions i justificacions donades per les grans corporacions no són noves, ja a la dècada dels setanta Zeiss Ikon situada a Alemanya va anunciar una decisió similar al·legant que no podia produir en aquell país amb uns costos competitius. Philips Electologica GmbH, filial de Philips, situada també a Alemanya, comunicà en aquella dècada que tancava les seues instal·lacions i es traslladava a Japó, perquè les seues vendes havien disminuït³¹³. Aquestes darreres situacions posen en relleu que poques coses han canviat als darrers anys, aquest fenomen cada vegada és més visible i les intervencions per corregir-lo són poc efectives.

Certament, és difícil corregir aquestes actuacions, perquè a mesura que han internacionalitzant l'economia, han creat també un mercat internacional del treball, però aquest no és homogeni, no tots gaudeixen dels mateixos nivells de garanties i això ha fomentat el "dumping social". És a dir, una competència deslleial a la baixa entre els Estats de nou accés a la UE i els més desenvolupats, que busquen millorar els seus nivells de competitivitat reduint els costos laborals. Aquests esdeveniments provoquen als països desenvolupats trasllats i acomiadaments.

Com he comentat anteriorment, per poder competir amb els països emergents les empreses demanen moderació salarial mitjançant diferents fórmules. No obstant això, com explica algun autor³¹⁴, la rebaixa salarial adoptada amb aquesta finalitat només tindria sentit, si la resta dels països mantingueren els seus salaris. Però això no ocorre i allò més freqüent és que la resta de països utilitzen la mateixa tècnica: congelació salarial, reducció de salaris i augments de jornada, amb la mateixa finalitat: augmentar la competitivitat de les seues empreses.

A l'hora d'abordar aquest dumping social s'han fet algunes propostes: codis de conducta elaborats unilateralment per les empreses, algunes propostes doctrinals suggereixen introduir "clàusules socials" en els Tractats comercials internacionals, es tracta de sancionar aquells que vulneren normes internacionals del treball³¹⁵. Altres

aquest sector. La crisi fonamentada en aquelles causes s'ha estès a altres sectors al País Valencià: les exportacions de sabates s'han reduït un 8'44%, les ceràmiques un 6'9%, el moble un 6'16%, les joguines un 11'49%, i el tèxtil valencià ha reduït les seues vendes un 12'5%. Dins d'aquest context, AUTOTEX, filial de la multinacional nord-americana MILLIQUEN, dedicada a la química i tèxtil, s'ha pensat tancar l'empresa radicada a Barcelona. FISIFE, que pertany a una multinacional portuguesa, ja s'ho ha pensat i ha decidit tancar. El Mundo, 16 de gener de 2004. El País, 3 abril de 2004, i 13 d'abril de 2004. Les reestructuracions d'empreses fonamentades en aquests motius no són un fenomen propi d'Espanya, són un procés generalitzat a Europa. Alemanya era i és el motor d'Europa, però això no ha evitat que grans empreses anunciïn grans reestructuracions empresarials per tal de reduir costos i augmentar la competitivitat. És el cas: d'OPEL, KARSTADT, DRESDNER BANK, BAYER, SCHERING, DEUTSCHE POST, BOMBARDIER, SAP, FAG, SPAR, entre altres. País, 17 d'octubre de 2004, pàg. 59.

³¹³ "Las empresas multinacionales y la política social", OIT. Col·lecció: Estudios y documentos, Nueva Serie, 1973, n°79, pàg. 35 i 36.

³¹⁴ ZUFIAUR, JM, "Globalización económica y deslocalizaciones productivas", op.cit, pàg. 94. Com explica aquest autor, tots els països utilitzen la mateixa tècnica, de tal forma que sempre trobarem un país amb costos salarials més baixos. Comenta que durant els noranta moltes empreses tèxtils es traslladaren al nord d'Àfrica o a Mèxic buscant reducció dels costos salarials. Actualment en aquelles zones del món s'estan perdent centenars de milers de llocs de treball a causa de la competència asiàtica.

³¹⁵ LEE, E, "Mundialización normas del trabajo", op.cit, pàg. 192: La inclusió de clàusules socials en els acords comercials es troba justificada per tal d'impedir la competència deslleial. A més, les sancions

propostes consisteixen a fomentar l'harmonització dels ordenaments laborals nacionals, sobretot, en relació amb els Estats que poc a poc es van incorporant, d'aquesta forma les economies competirien en uns nivells similars en relació amb les condicions de treball.

A més d'aquestes propostes doctrinals, existeixen algunes declaracions de bones voluntats que han tractat de regular el funcionament d'aquestes grans corporacions. La més coneguda és la Declaració Tripartida. Aquesta declaració va ser el resultat de diferents investigacions i consultes iniciades a l'any 1972 entre els governs, els empresaris i els treballadors sobre: l'ocupació, la formació professional, les condicions de treball i de vida en les multinacionals.

Per altra banda, les instàncies comunitàries també han analitzat el fenomen de les multinacionals i la fugida d'empreses amb certa preocupació³¹⁶ i poc a poc van sorgint nous fòrums en els quals treballen sobre la responsabilitat social de les empreses i sobre la necessitat de crear una política preventiva sobre les reestructuracions empresarials basada en el diàleg entre les parts.

En qualsevol cas, aquests nous fenòmens que comencem a viure posen en relleu que la convergència de les economies i la creació d'una Unió Econòmica i Monetària no s'ha produït al mateix ritme ni amb la mateixa intensitat que la integració social i això, com podem veure, comença a provocar uns efectes perniciosos sobre alguns Estats. En aquest sentit, tant la competitivitat com la solidaritat han de tenir-se en compte en la construcció de la UE. Això implica que el desenvolupament econòmic no hauria d'ignorar les preocupacions socials i ambientals. En definitiva, la política social europea no pot estar en un segon lloc respecte al desenvolupament econòmic o respecte al funcionament del mercat interior.

Una vegada hem constatat els riscos que acompanyen els trasllats de producció, les instàncies comunitàries proposen bàsicament: que les empreses que practiquen "el dumping social" no puguin beneficiar-se de les ajudes per instal·lar-se a la UE, consideren que es deuria fomentar la creació d'òrgans de representació col·lectiva que actuen en les direccions centrals, sol·liciten a la Comissió que informe sobre el trasllat de la indústria, i demanen la creació d'un observatori permanent sobre aquests problemes. L'OIT temps enrera ja va constatar aquesta idea i va destacar que existien nombrosos estudis que analitzaven els aspectes econòmics d'aquests processos, però en

comercials són el mitjà més eficaç per aconseguir-ho. CARRASCOSA GONZÁLEZ, J, RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C, "Contrato internacionales de trabajo y convenio de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales", op.cit, pàg. 3340: Estima que mitjançant aquestes clàusules aconseguiríem alguns efectes positius: exerciríem pressió sobre els Estats menys protectors per tal que milloren les condicions laborals i evitaríem la competència deslleial. VAQUERO, C, "Globalización, empleo, y desigualdad salarial. La utopía de los mercados libres globales", en DA, ANTÓN, A, "Trabajo, derechos sociales y globalización", Madrid, ed. TALASA, 2000, pàg. 75 i 77. Considera que qualsevol clàusula social que vincle els drets Laborals amb el comerç, si no està acompanyada de mesures que impliquen una discriminació positiva a favor dels pobles en vies de desenvolupament com un canvi en el sistema de finançament, econòmic i tecnològic internacional, pot tenir uns efectes contraris a aquells que perseguim. Considera encertades aquestes clàusules i a més proposa les següents mesures per poder controlar les multinacionals: cobrament d'una taxa impositiva unitària sobre els seus beneficis, pagament per la utilització de béns comuns mundials, i la integració als processos del comerç dels seus costos per al medi ambient.

³¹⁶ Dictamen del Comitè de les regions sobre el Trasllat d'empreses internacionals", DOC n°100, de 2/4/1996 P. 0040. Resolució sobre reestructuracions i el Trasllat industrial a la Unió Europea. DOC n°362 de 2/12/1996 P. 0147.

canvi no han prestat quasi atenció a les repercussions que aquestes transferències de capitals i tecnologia poden tenir per als treballadors³¹⁷.

Per això mateix, deurien treballar més decididament en la integració social i aportar més ajudes per als Estats de nou accés destinades a millorar el seu desenvolupament amb la finalitat que aquests puguin equiparar-se als nivells de la resta de països europeus. Si no actuem en aquest terreny, la integració econòmica i social dels Estats de nou accés als nivells comunitàries esdevindrà un procés traumàtic per ambdues parts: els Estats desenvolupats i els emergents³¹⁸.

Certament, amb aquest tipus de regulació i esperant que aquestes corporacions facen seues les declaracions de bona voluntat elaborades pels organismes internacionals és difícil que corregim aquests comportaments. Evidentment, l'elaboració de codis de bones conductes poden produir efectes positius i la seua existència no impedeix que puguem continuar treballant en altres àmbits³¹⁹. Però, són necessàries normes jurídiques i actuacions en tots els nivells que aborden de forma més clara i decidida aquest problema. Tenint en compte com funcionen les coses, les instàncies comunitàries, internacionals i nacional deurien actuar en diferents nivells: en investigació i a nivell financer i laboral.

En primer lloc, les instàncies comunitàries deurien treballar per aconseguir una política industrial innovadora, i això passa necessàriament per millorar els actuals nivells de cooperació i coordinació entre els Estats i per augmentar les inversions en investigació i innovació. En segon lloc, deuria treballar per aconseguir una fiscalitat internacional dirigida en tres direccions: sobre el conjunt de les transaccions financeres internacionals, sobre els beneficis de les empreses multinacionals, i es deuria establir una fiscalitat ecològica sobre les empreses i els usuaris. A nivell nacional, alguns Estats han començat a estudiar la possibilitat de reduir els impostos de societats junt amb altres mesures fiscals³²⁰.

³¹⁷ “Las empresas multinacionales y la política social”, OIT, op.cit, pàg. 27.

³¹⁸ Informe del grup d'alt nivell sobre relacions laborals i canvi industrial a la UE. RL-II, 2002, pàg. 1261. El problema per als països candidats és com fer front a les diferències de desenvolupament respecte la mitjana europea. Segons alguns estudis, la convergència real dels països candidats no és podrà aconseguir fins passats aproximadament deu anys. La convergència econòmica no és suficient, ha d'anar acompanyada per una convergència progressiva a l'àmbit social. Aquest procés serà difícil, requerirà que fixem clarament les prioritats i l'adopció de decisions que equilibren els objectius econòmics i socials.

³¹⁹ Al Llibre Verd que té com a títol “fomentar un marc europeu per a la responsabilitat social de les empreses”, 18 de juliol de 2001, COM(2001) 366 final, pàg. 15 La Comissió considera que els codis de conducta no poden substituir les legislacions nacionals, comunitàries ni internacionals ni les normes d'obligat compliment. Aquestes asseguren nivells mínims aplicables a tots, mentre els codis de conducta i altres iniciatives voluntàries només poden completar-les i fomentar la introducció de nivells de protecció més elevats per part d'aquells que les signen. A més, malgrat que els codis de conducta poden contribuir a fomentar el compliment de les normes internacionals, només són eficaços si s'apliquen i controlen adequadament.

³²⁰ L'impost sobre societats és del 35,4 % a França, 35% a Espanya, 38,3 % Alemanya, 30% a Gran Bretanya. En canvi, a Polònia és del 19%, 12,5 % a Irlanda, 17,7% a Hongria, i un 15% a Letònia. Aquestes dades han provocat que a França comencen a parlar de la necessitat de reduir l'impost sobre societats. A més, estan estudiant la possibilitat de concedir reduccions en matèria de taxa professional, amb la finalitat que les empreses romanguen en zones crítiques laboralment. Junt aquestes mesures estan estudiant també, la concessió de crèdits destinats a les empreses que tornen a França. País, 14 setembre de 2004.

En tercer lloc, en el terreny laboral es deuria treballar per endurir i reforçant les normes i sobretot fomentar i perseguir el seu compliment. Deurien establir mesures de suport a la reindustrialització i treballar en el terreny de la responsabilitat social de les multinacionals³²¹. En un mateix sentit, deurien desenvolupar una negociació col·lectiva a nivell internacional i millor els nivells de transparència informativa en les multinacionals, principalment, en relació amb aquelles decisions que poden afectar el futur de l'empresa.

La necessitat d'actuar i establir una regulació mínima sobre les multinacionals no és gratuïta, ja fa temps es deia que de les 100 unitats econòmiques més grans del món, cinquanta eren Estats sobirans i cinquanta eren multinacionals. A més, les seues vendes havien augmentat un 10% per any, mentre que el Producte Nacional Brut real només progressà de mitjana en el món a la meitat d'aquell ritme. Aquesta situació les atorga un gran poder per actuar conforme als seus interessos.

Tant és així, que l'amenaça de traslladar la seua producció o la seua activitat pot ser un mitjà de pressió de la multinacional cap als sindicats i pot debilitar la posició d'aquests últims a l'hora de negociar expedients de regulació o convenis col·lectius. Aquesta idea ha estat exposada en diverses ocasions per l'OIT³²² i al nostre país comptem amb alguns exemples recents: Seat, integrada en el grup Volkswagen, davant la negativa dels sindicats de fer més flexible la jornada de treball va amenaçar amb traslladar part de la producció a Eslovàquia³²³.

³²¹ Poc a poc la UE està prenent consciència de la importància que té que les empreses assumesquen la seua responsabilitat social i des de diferents fòrums estan treballant en aquest terreny: El Consell Europeu de Lisboa, 2000 apel·là a la responsabilitat social de les empreses en relació amb les pràctiques correctes en matèria d'organització del treball, igualtat d'oportunitats, inclusió social i desenvolupament sostenible. El Consell Europeu de Gotemburg, juny de 2001 ens recordà que el creixement econòmic, la cohesió social i la protecció mediambiental han d'avançar paral·lelament. El Consell Europeu de Lisboa realitzà una nova crida a la responsabilitat social de les empreses respecte determinades pràctiques. L'Agenda Social Europea de la Comissió, aprovada posteriorment pel Consell Europeu de Niza, posà de relleu el paper que ha de jugar la responsabilitat social de les empreses a l'hora d'afrontar les conseqüències en matèria d'ocupació i en matèria social de la integració econòmica. La Cimera Europea de Niza invità la Comissió a crear les condicions necessàries per crear una associació amb totes les parts implicades i reforçar de pas la responsabilitat social de les empreses.

³²² OIT, "las empresas multinacionales y la política Social", op.cit, pàg. 98. LEE, E, "Mundialización y normas de trabajo. Puntos del debate", op.cit, pàg. 191. LEE, E, "Mundialización y Empleo: ¿se confirman los temores?", op.cit, pàg. 535.

³²³ El Mundo, 20 febrer de 2004, El País, 27 de setembre de 2002. El Temps, 18 d'octubre de 1993, n°487, pàg. 8, i el Temps, 13 de desembre del 1993, n°495, pàg. 50. SEAT, integrada en Volkswagen ha comunicat que per tal de fer front a la reducció de beneficis i millorar la seua competitivitat i superar els problemes que la rodegen, a més de proposar algunes mesures de flexibilitat laboral, traslladava part de la producció del Seat "Ibiza" a Bratislava. Aquesta decisió afectarà durament l'empresa de Martorell, ja que si es produeix una baixada de les vendes, haurà de ser l'empresa de Martorell la que redueca la producció. Lluny queden aquells anys en què tots apuntaven que la planta de Martorell era una de les més modernes. Recordem que cap al 1993, quan esclatà una de les grans crisis per les quals ha passat SEAT i que donà lloc a una forta reestructuració empresarial, els directius de Volkswagen proposaren tancar la factoria de la zona franca, perquè era antiga i traslladar la major part de la producció a Martorell, i liquidar allò que no es podia traspasar. Aquella era una època difícil per a SEAT, aquesta des que fou comprada al 1986 per Volkswagen no havia aconseguit recuperar-se del tot, així que la crisi generada per: les elevades perdudes, la càrrega financera derivada de la construcció de la planta de Martorell, i l'augment del deute en marcs per la devaluació de la pesseta donà lloc a un acord que preveia 1400 contractes temporals no renovats, 3000 jubilacions anticipades, 4600 regulacions de feina amb compromís de recol·locació abans de dos anys.

Aquesta nova conjuntura ens obliga a replantejar-nos, al menys en alguns casos, l'àmbit empresarial sobre el qual ha de concórrer el desequilibri empresarial que justifica el projecte d'acomiadament, perquè quan ens trobem davant d'aquestes reestructuracions empresarials, sembla que ens oblidem dels costos socials que acompanyen aquestes decisions. Qui sembla que no s'oblida d'aquestes conseqüències és el legislador, que vincula aquestes mesures a un objectiu concret: salvaguardar la viabilitat de l'empresa, assegurar la seua continuïtat o superar una situació negativa. Només un problema de solvència important o un desequilibri empresarial manifesta pot justificar les extincions d'aquesta naturalesa. Qualsevol que siga l'anomalia que pateix l'empresa, la finalitat serà la mateixa: tractar d'evitar el seu tancament definitiu mitjançant aquest acomiadament i reduir de pas, un augment dels costos socials.

4.3) DUES POSSIBLES INTERPRETACIONS EN RELACIÓ AMB ELS GRUPS D'EMPRESA MULTINACIONALS:

4.3.1) PRIMERA OPCIO: EMPRESES JURÍDICAMENT INDEPENDENTS:

A falta d'una regulació legal, sembla que hem d'acudir de nou als plantejaments doctrinals i a la jurisprudència. Així doncs, ens podem apropar als grups d'empreses multinacionals des de dos punts de vista: estimar que aquestes empreses que formen el grup, mantenen la seua personalitat jurídica i entendre per tant, que els requisits materials i subjectius que configuren l'acomiadament col·lectiu, art 51 ET, han de concórrer en cadascuna de les empreses. Però, podem entendre que les relacions de dependència que mantenen aquestes empreses respecte a la matriu posen de manifest que la condició d'empresari recau sobre el grup³²⁴.

Els nostres tribunals no han mantingut una posició clara en relació amb els grups multinacionals i no podem considerar que existeix una línia definida en relació amb ells. Però podem dir que la inexistència de normes internacionals i regionals, ha impedit una regulació estatal a nivell global sobre aquesta matèria. Així doncs, en les ocasions que els nostres tribunals han tractat alguns problemes que envolten aquestes organitzacions empresarials, les solucions aportades han tingut una naturalesa estrictament territorial. En definitiva, la falta de normes i instruments internacionals ha condicionat les interpretacions dels òrgans judicials.

Conscient d'aquestes dificultats, algun autor³²⁵ considera que la independència jurídica de les empreses que formen part del grup multinacional no impedeix que pugui existir una situació de dependència econòmica respecte l'empresa matriu i això pot

³²⁴ STS, 31 de desembre de 1991, RJA 1991/9243. El TS declara nul l'acomiadament i condemna solidàriament el grup. Considera que les empreses estan integrades en un grup: "GVL". "Van Leeuwen Buizen" és l'empresa principal. El treballador estranger no té un contracte autònom i independent amb una empresa espanyola a l'hora de prestar serveis al nostre territori. Estem davant una única relació de serveis que data des de 1980 amb un grup d'empreses multinacional amb seu i destí en diferents estats. El Tribunal considera que no podem qüestionar l'existència del grup, perquè en el telegrama que comunicava l'acomiadament es deia que havia de deixar de realitzar la prestació laboral per al grup. En un mateix sentit: STSJ Catalunya, 15 de juny de 1993, RJA 1993/2891. Considera que existeix un grup multinacional, perquè existeix una plantilla única i en aquests casos hem d'entendre que existeix una única empresa. En aquest cas, el treballador ha treballat de forma successiva per a diferents empreses d'Espanya i Mèxic, empreses que pertanyen al grup: "CAE", i aquest ha realitzat la prestació laboral conforme les directrius i ordres del grup. Per tant, correspon condemnar al grup.

³²⁵ PALAU MORENO, G, "Los grupos de empresas multinacionales y el contrato de trabajo", op.cit, pàg. 94 i 95.

comportar que la política de personal, salaris o ocupació del grup multinacional siga dictada per l'empresa matriu afectant directament les empreses filials i repercutint directament en l'estatut dels treballadors que formen la plantilla. A més, algunes decisions del grup poden afectar les filials (tancaments d'empreses o trasllats de producció). Respecte aquests supòsits, considera que hauríem de plantejar-nos la possible aplicació extraterritorial de la normativa laboral de l'empresa matriu en l'Estat on es troba l'empresa filial.

En qualsevol cas, en la majoria d'ocasions, els tribunals consideren que les diferents empreses nacionals que formen el grup multinacional i que estan creades segons els ordenaments estatals són empreses jurídicament independents. Entenen, que l'existència d'una unitat econòmica empresarial o l'existència de relacions de cooperació o participació entre elles no implica, en tots els casos, l'existència d'una personalitat jurídica unitària del grup. En principi, estimen que el principi de territorialitat que envolta cadascuna de les empreses posa de manifest una relació d'independència entre elles³²⁶. En definitiva, a més de les vinculacions econòmiques o d'altre tipus, cal que existesquen vincles laborals entre les diferents empreses que formen el grup multinacional per a poder entendre que aquest és l'empresari real.

A més, hem de tenir present que ens trobem davant empreses creades segons el nostre ordenament jurídic, encara que formen part d'un grup multinacional. En la majoria de casos, aquesta empresa serà la que contracte els treballadors, els quals realitzaran la seua prestació laboral al nostre territori d'acord amb les condicions pactades amb aquella empresa i d'acord amb la nostra normativa³²⁷. Aquesta situació, reforça la idea de certa independència entre les empreses.

³²⁶ STSJ, Andalusia, 27 de novembre de 1997, AS 1997/5196. Demanda sobre un acomiadament contra BARRAT MULTI-OWNERSHIP i l'empresa central. El tribunal entén que no hi ha requisits necessaris per poder aplicar la teoria de l'alçament del vel. STSJ de les Balears, 26 de novembre del 2002, AS 2003/777: Un treballador interposa una demanda contra el seu acomiadament contra diverses empreses que formen un grup Multinacional, entre elles SOL MELIÀ i SOUL GRUP CORPORATION, perquè entenen que SOL MELIÀ era l'empresa matriu. El Tribunal entén que no és suficient amb l'existència de vinculacions econòmiques per poder estendre la responsabilitat social. Entén que l'empresari del treballador era l'empresa americana. I això que SOL MELIÀ tenia tot el capital social i el poder suprem de direcció sobre la societat americana l'exerceix SOL MELIÀ, i a més, el treballador realitzà la prestació laboral en distintes societats del grup. STS 31 de gener de 1990, RJA 1990/801. La sentència versa sobre una demanda d'acomiadament presentada per un treballador argentí contra una empresa espanyola: FH, empresa filial d'un grup multinacional. L'empresa matriu, FT&R, tenia la seu als EUA. El supòsit és un tant peculiar: el treballador havia treballat amb anterioritat en altra empresa del grup en Argentina, i vingué a treballar a la filial espanyola per ordre i indicacions de l'empresa nord-americana, FT&R. El TS estima que és complicat determinar l'existència d'un grup d'empreses multinacional, complexitat que creix quan existeixen connexions entre diferents ordenaments jurídics. Dit açò, el Tribunal estima que no existeixen les relacions necessàries per a determinar que existeix una personalitat jurídica unitària del grup, i això que com hem vist, el treballador estigué vinculat a diferents empreses del grup multinacional. En un mateix sentit: STS, 29 octubre de 1999, RJA 1997/7684. En aquest resolució, el Tribunal considera que no queda acreditada l'existència d'un grup multinacional. No estan acreditades les relacions necessàries que confirmen la seua existència. El Tribunal reconeix que l'empresa Sueca "securitas ATS" comprà al 1992 16 empreses del grup "ESABE" i inicià negociacions per comprar "Esabe, ingenieria de seguretat, SA" radicada al nostre territori. Però estima que aquestes negociacions no incidiren en les relacions laborals dels actors. Aquests sempre treballaren per a l'empresa espanyola demandada, no existí confusió de plantilles, no existí transmissió d'accions, ni funcionament unitari de les empreses. Qui actuà com l'empresari dels actors fou l'empresa no el grup.

³²⁷ GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B, "Deslocalización productiva y relaciones laborales", RL, 2005, nº12, pàg. 13. Des del moment que la deslocalització afecta establiments situats al nostre territori, ha de respectar-se les normes nacionals imperatives. Si l'empresa té personalitat jurídica autònoma dins del

En aquest sentit, segons ha defès el TS³²⁸ en relació amb un acomiadament en un grup multinacional, en aquell cas no existeix una personalitat jurídica unitària del grup, allò que existeix són companyies estrangeres. Considera que no és suficient amb acreditar l'existència de relacions entre les empreses per tal de determinar que existeix una personalitat jurídica unitària del grup, perquè els grups d'empreses conserven la seua personalitat jurídica, encara que mantenen certa unitat econòmica.

Tanmateix, això no impedeix que totes aquestes empreses dispersades per diferents territoris tinguen unes finalitats comunes i que respecten algunes directius laborals realitzades per la matriu. De fet, a l'hora de defensar la personalitat jurídica unitària del grup, un dels arguments més utilitzats consisteix a defensar que l'empresa matriu és la que realitza la política de personal i la política laboral del grup. L'estructura d'una multinacional es fonamenta en l'elaboració d'una estratègia de grup prou centralitzada, és a dir, adoptada per la mateixa matriu. Però per poder dur a terme aquella estratègia necessita la col·laboració de les filials. Per tant, a l'hora d'adoptar decisions en relació amb el funcionament de l'empresa, algunes decisions poden ser adoptades per la seu central i altres per les filials, però quasi sempre existirà una cooperació per conciliar l'estratègia global del grup amb les peculiaritats de les diferents filials.

En qualsevol cas, en funció de les relacions establertes entre aquestes empreses, les filials gaudiran de major autonomia per tal d'adoptar les seues decisions en relació amb l'empresa o a l'hora de gestionar la seua política laboral. Evidentment, quan menor siga la participació de capital de la matriu sobre la filial, major autonomia tindrà aquesta últim a l'hora de decidir la seua política laboral i a l'hora d'adoptar decisions en relació amb l'empresa. En canvi, quan major pes econòmic tinga la filial en el grup, més determinant serà la decisió de la matriu. El menor o major grau d'autonomia de les filials dependrà també del tipus d'organització adoptat per l'empresa matriu, si aquest és un model descentralitzat, major llibertat tindran les filials a l'hora de decidir.

Així doncs, segons aquestes relacions es procedirà a distribuir les competències i la forma d'adoptar les decisions empresarials. Es diu, que aquelles decisions que no estan en relació directa amb l'estratègia global del grup i que afecten la filial podran ser adoptades per aquesta. En canvi, quan la decisió afecta l'estratègia del grup, la forma d'adoptar les decisions és més complicada i dependrà de les relacions entre les empreses. En aquest darrer cas, podríem dir que la filial no podrà decidir una reestructuració empresarial de forma unilateral, però l'empresa matriu tampoc té una competència exclusiva. Aquestes decisions que poden afectar la política laboral o poden consistir en reestructuracions totals o parcials, unes decisions que incidiran sobre l'estratègia del grup, possiblement són adoptades per la matriu, però mitjançant consultes estretes amb les filials³²⁹.

grup hem d'aplicar la normativa espanyola per aplicar els principis del Dret Internacional Privat. I si l'empresa és estrangera haurem d'aplicar la nostra normativa: Conveni de Roma i art 8.1 CC.

³²⁸ STS, 23 de juny de 1983, RJA 1983/3043. El Tribunal arriba a aquesta conclusió, encara que una empresa tenia accions en altra i duia endavant una política econòmica de col·laboració. Entén el TS que el contracte que mantingué amb l'empresa mexicana era independent d'aquell que formalitzà amb l'empresa espanyola

³²⁹ Per a més informació: CHEVRON, J-J, (Coor), "Empresas multinacionales: información y consulta sobre sus planes de mano de obra", OIT, 1ªed. 1986. pàg. 157 i següents.

Per tant, que determinades decisions o polítiques siguin adoptades per la seu central no necessàriament significarà que el grup és l'empresari real, perquè en molts casos el procés de decisió es basarà en un sistema de cooperació entre les diferents empreses destinat a conciliar l'estratègia global del grup amb la línia seguida per les filials. A més, les relacions de cooperació entre les empreses, són un element intrínsec a l'existència de qualsevol grup empresarial.

Però és més, segons alguns estudis, l'autonomia real de les filials estrangers de les multinacionals en matèria d'ocupació és major del que podem pensar, sobretot a l'hora de contractar i acomiadar en funció de la conjuntura que les rodeja. En canvi, el pes de la matriu és major a l'hora de decidir mesures de major rellevància que poden afectar l'ocupació, com és el cas dels acomiadaments col·lectius. No obstant això, aquestes decisions no són adoptades de forma autoritària, són el fruit d'un diàleg entre les empreses³³⁰. Respecte d'aquesta qüestió, alguns estudis han destacat que no és tan estrany trobar-nos amb directives internes de les multinacionals, recollides en els seus manuals o guies sobre el seu funcionament intern, que preveuen que la política de personal i les relacions de treball només podrà ser decidida per les direccions de les filials en funció de la situació local³³¹.

En qualsevol cas, i amb independència de les relacions que poden mantenir les diferents empreses de la multinacional, i dels diferents procediments que poden existir per adoptar acords sobre les reestructuracions empresarials, l'OIT recomana en la Declaració Tripartida que les empreses multinacionals informen amb una antelació suficient als governs i als representants dels treballadors sobre aquelles decisions que poden afectar els nivells d'ocupació. L'objectiu buscat és que puguin realitzar les consultes oportunes sobre aquestes qüestions. L'obligació d'informar es predica especialment quan es realitzen fusions, adquisicions d'empreses, transferències de producció o acomiadaments col·lectius, art 26.

En aquest sentit, el Consell d'administració de l'OIT mitjançant el procediment d'interpretació de la Declaració Tripartida va declarar que l'obligació de consultar i comunicar les reestructuracions empresarials, art 26, s'ha de realitzar amb suficient antelació³³². Tant és així, que les notificacions realitzades després d'haver adoptat la decisió final, encara que aquestes no s'hagen materialitzat, són insuficients. Cal notificar amb antelació suficient a efectes de poder debatre i mitigar o minimitzar els efectes negatius sobre l'ocupació. Continua aquesta interpretació afirmant que el

³³⁰ CHEVRON, J-J, (Coor), "Empresas multinacionales: información y consulta sobre sus planes de mano de obra", op.cit, pàg. 165.

³³¹ OIT, "Las empresas multinacionales y la política social", op.cit, pàg. 101.

³³² CAS BIFU, GB. 229/13/13, Annex, paràgraf 26-31. CAS BELGA n°2. 1997-1998. En aquest darrer cas, la seu central decidí tancar una de les seues filials situat a Bèlgica. L'empresa informà als treballadors i a l'autoritat competent després de realitzar la decisió. Mitjançant diferents resolucions judicials exigiren a l'empresa que realitzés les consultes i es prohibí a la matriu o al dirigent del grup el tancament d'aquella empresa fins que no realitzaren les consultes. El conflicte a l'hora d'interpretar l'art 26 de la Declaració arriba fins a l'OIT, i mitjançant el procediment d'interpretació d'aquella norma es dictaminà que calia realitzar consultes davant mesures que poden repercutir en els nivells d'ocupació. A més les multinacionals han de notificar aquestes decisions amb antelació suficient. A la mateixa conclusió arribà en el cas BELGA 1, 1987-1988. En aquesta ocasió, la filial belga d'una multinacional francesa informà al Comitè d'empresa que aquell mateix dia tancava l'empresa. No obstant, finalment i després de tancar l'empresa, s'iniciaren unes negociacions i pogueren arribar a un acord que incloïa el següent pla social: indemnitzacions importants en funció de l'antiguitat. Pensions de jubilació anticipades i ajudes per a la readaptació professional. <http://www.ilo.org/public/spanish/employment/multi/paragraph.htm>

contingut de l'art 26 de la Declaració podrà complementar les legislacions nacionals, però que aquestes no podran limitar les previsions recollides en aquell article.

Així doncs, a més de les vinculacions econòmiques o de cooperació, caldrà vincles laborals per poder entendre que el grup és l'empresari real. Emparant-nos en aquesta línia interpretativa, no sembla tan descabellat defensar que els requisits que delimiten els acomiadaments col·lectius han de concórrer en la filial situada al nostre territori. A més, tenint en compte la regulació actual sobre els acomiadaments col·lectius, no sembla admissible admetre unes propostes d'acomiadament que afecten empreses solvents i amb beneficis, per molt que aquestes empreses formen part d'un entramat dispersat per diferents països. Aquests projectes podrien estar justificats, si el desequilibri empresarial estigués generalitzat. Però actualment, les reestructuracions empresarials són proposades des de les empreses matrius ignorant la situació econòmica que pateixen les empreses radicades al nostre territori, i tenen com a objectiu augmentar la seua competitivitat reduint costos laborals³³³.

Per a aquestes empreses, la reestructuració equival a tancar l'empresa i traslladar les instal·lacions a un lloc més barat o tancar-les i externalitzar tota o part de la producció a països més interessants. La conseqüència és evident, cada vegada més, empreses importants i sense problemes econòmics importants tanquen les seues instal·lacions i es desenten dels temes laborals i socials. A mesura que es traslladen aquests llocs de treball, alguna cosa més es va amb ells, a saber, la idea que els titulars d'aquestes empreses també tenen algun tipus de responsabilitat laboral i social respecte als seus treballadors³³⁴.

Però a més, aquestes empreses estan radicades al nostre territori i estan subjectes al nostre ordenament jurídic, i en relació amb els acomiadaments col·lectius les nostres normes s'assenten sobre dues premisses: en primer lloc, el legislador permet els acomiadaments col·lectius només per fer front a crisis actuals, generalitzades i estructurals, art 51.1 ET i art i art 6.a RD 43/1996. I en segon lloc, la CE reconeix la llibertat d'empresa, art 38 CE, però aquesta llibertat es troba condicionada per altres valors constitucionals, que impedeixen que un empresari tanque sense més les seues instal·lacions. Tant és així, que l'art 51.14 ET preveu que davant un acomiadament col·lectiu hauran de complir amb l'obligació de consultar l'expedient amb els representants dels treballadors i aportar la documentació pertinent. En aquest sentit, és

³³³ Com deia KLEIN, N, "No logo. El poder de las marcas", op.cit, pàg. 241: Els tancaments de les empreses febrils ha disminuït molt poquet a Europa i als EEAA des de la recessió de finals de la dècada dels 80 i inici dels 90. Allò que ha canviat són els motius de les "reorganitzacions". Abans presentaven els acomiadaments com una lamentable necessitat generada pel baix rendiment de l'empresa. Ara aquestes mesures són sabies modificacions de l'estratègia comercial, "una reorganització estratègica". Cada vegada és més freqüent presentar aquests acomiadaments amb promeses d'augmentar els beneficis. En un sentit similar: SÁNCHEZ INAREJOS, J.J, "La globalización al desnudo", Madrid, ed. Chaos-Entropy, 2001, pàg. 25: Temps enrera eren els treballadors de les empreses mal gestionades aquells que havien de tenir por de perdre els seus llocs de treball. Actualment, són els treballadors de les empreses *ben gestionades* els que han de preocupar-se davant una possible reestructuració.

³³⁴ MONEREO PÉREZ, JL, "Las relaciones laborales en la reestructuración y saneamiento de las empresas", en D.A, "XVI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social", op.cit, pàg. 15. Front unes reestructuracions fonamentades en disminucions de beneficis i amb l'objectiu de continuar sent competitives, aquest autor considera que tal vegada calga una reforma legal que restringesca el poder d'acomiadament per causes empresarials, quan la situació econòmica de l'organització productiva siga satisfactòria, de tal forma que puguem excloure jurídicament el simple motiu d'augmentar l'expectativa de guanys.

independent que la decisió sobre la reestructuració empresarial siga adoptada per la matriu o per la filial.

4.3.2) LA SEGONA OPCIO: EL GRUP MULTINACIONAL COM A EMPRESARI REAL:

Podria ocórrer que l'existència de determinats indicis ens fera pensar que l'empresari real és el grup multinacional. Com hem vist, els nostres tribunals són reticents a l'hora d'atribuir una personalitat jurídica unitària al grup multinacional. No obstant això, hi ha alguna resolució que es pronuncia a favor d'aquella possibilitat, sobretot quan existeix una plantilla que roda per les diferents empreses o quan l'empresa matriu contracta els treballadors³³⁵.

En alguns casos, aquesta unitat de plantilla es posa de manifest a través del trasllat o desplaçaments dels seus treballadors per les diferents empreses que formen la multinacional, o a través dels diferents contractes que amb el temps subscriu el treballador amb les diferents empreses i que fa que aquest rode per les diferents empreses que integren el grup multinacional. Si a més, una d'aquestes empreses té una participació d'accions important en la resta d'empreses que li permet mantenir una relació dominant respecte a aquestes. Existeix una unitat econòmica i l'empresa matriu a través de les seues decisions i directrius pot decidir el futur de les seues filials i més encara, pot dirigir la política laboral del grup multinacional, serà complicat defensar la independència jurídica de les diferents empreses.

En aquests casos, la possible atribució de la personalitat jurídica unitària al grup comporta un problema afegit. Aquest problema afegit fa referència a l'element d'estrangeria inclòs en aquest tipus de relacions laborals. En aquests supòsits, l'element d'estrangeria es posa de manifest quan el treballador desenvolupa la prestació laboral en diferents Estats, bé perquè és traslladat o desplaçat a altres empreses, o bé perquè encadena contractes amb les diferents societats que integren la multinacional. L'element d'estrangeria es pot manifestar també, quan la residència de les parts es troba en distints països i més concretament, quan l'empresa matriu que és considerada el vertader empresari i és la que ordena la reestructuració empresarial, es troba en un Estat distint d'aquell on estan els treballadors afectats per aquelles decisions.

Totes aquestes circumstàncies que doten la relació laboral d'un element d'estrangeria, poden produir un problema a l'hora de determinar la llei aplicable en els contractes de treball o a l'hora de determinar contra qui ha de reclamar el treballador per l'incompliment de les seues obligacions. A l'hora d'enfrontar-nos a aquest problema hem de tenir en compte, que les normes laborals es caracteritzen pel principi de

³³⁵ STSJ Catalunya, 15 de juny 1993, AS 1993/2981. El Tribunal declara nul l'acomiadament del treballador i condemna solidàriament les empreses de la multinacional. El Tribunal considera que existeix un grup multinacional i aquest és l'empresari real, perquè el treballador fou contractat per CAESA, després fou transferit a SIESA, posteriorment fou traslladat a CN a Mèxic mitjançant un contracte d'assistència tècnica. Al 1992 l'empresa ordenà el seu retorn a Espanya, però li comunicaren que no existia cap vacant allí. El Tribunal entén acreditat que totes aquelles empreses formen part d'un grup. A més, era l'Empresa mexicana la que pagava el salari d'aquell, però per ordenes de CAESA. A més, a Mèxic treballava per a CAESA i fou aquesta la que ordenà el seu trasllat a Espanya. A més cap de les dues empreses per a les quals treballa volgueren incorporar de nou al treballador. STSJ, Catalunya, 14 maig de 1998, AS 1998/3055. També en aquesta ocasió, el Tribunal condemna solidàriament les empreses del grup multinacional.

territorialitat, el seu àmbit d'aplicació se cenyís al país que les ha dictat. Conseqüentment, l'empresa matriu i les filials es regeixen per diferents ordenaments jurídics i a més, no existeixen suficients mitjans operatius per connectar-los. La solució a aquesta qüestió “ha de venir per la via internacional, a través d'una regulació que s'aplique de forma unitària a aquestes organitzacions que operen en diferents Estats³³⁶”

No obstant això, la solució a alguns d'aquells problemes es troba recollida en el Conveni de Roma de 1980, sobre la Llei aplicable a les obligacions contractuals, i en l'art 25 LLOPJ que determina quan els Tribunals socials del nostre territori seran competents per conèixer un assumpte. Respecte a la competència dels nostres tribunals, l'art 25 estableix que aquests seran competents per tal de conèixer les obligacions i drets del contracte quan: la prestació laboral es realitzi al nostre territori, el demandat tinga la seu, sucursal, domicili o la seua representació a Espanya o quan ambdues parts contractuals siguin nacionals.

Respecte a la llei aplicable, el Conveni de Roma no aborda de forma explícita els problemes relacionats amb la llei aplicable en relació amb els grups multinacionals. Però en qualsevol cas, serà necessari acudir a les seues regles generals a l'hora de resoldre aquells possibles conflictes. L'art 6 de l'esmentat conveni, fixa els criteris per determinar la Llei aplicable al contracte de treball internacional, és a dir, quan ens trobem davant d'una d'aquelles situacions comentades anteriorment. En primer lloc, aquest es regirà per la llei triada per les parts. No obstant això, l'autonomia individual té un límit: els preceptes de caràcter imperatiu d'aquelles normes que haurien d'aplicar-se a falta d'elecció de les parts³³⁷.

A falta d'elecció per les parts, el contracte de treball es regirà per la llei del país on el treballador desenvolupa habitualment la prestació laboral. Cal dir que aquesta és la situació més freqüent a la vida pràctica. Allò més habitual serà que els treballadors que formen part d'una filial espanyola d'un grup multinacional, desenvolupen la seua prestació laboral al nostre territori, i que coincideixa el lloc on es troba radicada l'empresa que els ha contractat amb el lloc on realitzen la prestació laboral. Per tant, encara que la decisió sobre la reestructuració empresarial siga adoptada per l'empresa matriu, l'extinció dels contractes de treballs d'aquells que formen part de la filial espanyola es regirà pel nostre ordenament jurídic i serà aplicable tot allò dit als apartats anteriors.

En darrer lloc, si el treballador no realitza habitualment el seu treball en un únic país, el contracte es regirà per la llei del país on es troba l'empresa que l'ha contractat, excepte quan el contracte mantinga més vincles amb altre país, en aquestes circumstàncies aplicarem aquella norma. Però aquesta regla l'aplicarem principalment, quan estem davant treballadors que circulen per dins del grup multinacional. La mobilitat dels treballadors es pot produir, perquè aquests han subscrit un contracte de posada a disposició, en virtut del qual el treballador realitza la seua prestació laboral de

³³⁶ MARTÍN VALVERDE, A, RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F, GARCÍA MURCIA, J, “Derecho del trabajo”, op.cit, pàg. 228.

³³⁷ CARRASCOSA GONZÁLEZ, J, RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, MC, “Contrato internacional de trabajo y Convenio de Roma”, op.cit, pàg. 1352. En relació amb aquesta regla, apunta que haurem de realitzar una valoració global entre les lleis. I això implicarà aplicar aquella que globalment és més favorable. En un mateix sentit: PALAO MORENO, G, “Los grupos multinacionales y el contrato individual de trabajo”, op.cit, pàg. 156.

forma successiva per a diverses empreses, encara que es troba vinculat amb l'empresa que el contractà. Però, també pot ocórrer simplement que l'empresa els trasllade o els desplace a altre país de forma temporal.

Tenint en compte aquestes circumstàncies, pot ocórrer que uns treballadors contractats per una filial francesa que pertany a un grup multinacional Anglès, trasllade temporalment uns treballadors a la filial espanyola. Conseqüentment, les diferents vicissituds que afecten el contracte de treball, incloent un possible acomiadament d'aquells, s'hauran de regir per la llei francesa, excepte quan acreditem que el contracte de treball manté vincles més estrets amb l'ordenament jurídic d'altre país³³⁸.

En qualsevol cas, els nostres tribunals mantenen moltes reserves a l'hora d'atribuir la personalitat jurídica unitària al grup multinacional. Tant és així, que en ocasions han mantingut la independència de les empreses davant supòsits on els treballadors han estat vinculats amb diferents empreses del grup, bé perquè amb el temps han formalitzant contractes amb la resta d'empreses de la multinacional o bé, perquè han estat traslladats. Per tant, ha diferència del que ocorre amb els grups nacionals, les connexions laborals entre les empreses no han estat suficients per considerar que el vertader empresari és el grup multinacional. En qualsevol cas, com hem vist, els drets d'informació i consulta dels treballadors quedaran garantits. Alhora alguns esdeveniments que poden afectar la prestació de treball també es troben regulats en Llei 10/1997, 24 abril, i la Llei 45/1999, de 29 de novembre.

IV. L'EXPEDIENT DE REGULACIÓ D'OCUPACIÓ: EL PERÍODE DE CONSULTES

1) INTRODUCCIÓ:

Arribat a aquest punt i una vegada hem analitzat els criteris legals que delimiten els acomiadaments col·lectius: criteris numèrics, temporals i l'àmbit d'afectació dels d'aquests, cal analitzar el procediment mitjançant el qual haurem de reconduir les extincions. Un procediment que cal avançar ja, està rodejat de peculiaritats, ja que aquest és un procediment administratiu especial que es divideix en dues etapes, una estrictament laboral: el període de consultes i altra administrativa: instrucció de l'expedient i resolució de l'autoritat laboral.

Malgrat l'existència dues fases, aquestes s'iniciaran alhora. Així és, mentre desenvolupen les negociacions amb els representants dels treballadors, l'autoritat

³³⁸ STSJ de les Balears, 26 de novembre de 2002, AS 2003/777. En aquest cas, ens trobem davant un treballador que exercia la seua prestació laboral dins d'un grup multinacional. Després de treballar per a diferents empreses, i ser traslladat en diferents ocasions, aquest cessa voluntàriament i posteriorment fou contractat per una empresa nord-americana que pertanyia a aquell grup i al poc de temps fou acomiadat. Aquest demandà a les empreses del grup multinacional, entre elles a SOL MELIÀ, SA, amb seu a Espanya, per entendre que és l'empresa matriu. Finalment, el Tribunal entén que no ens trobem davant un grup d'empreses amb rellevància laboral, i entén que el vertader empresari és l'empresa nord-americana que el contractà. El Tribunal té en consideració que la prestació laboral la realitzà als EUA, el contracte el celebrà fora d'Espanya, l'acomiadament el signà l'empresa nord-americana, i la seu d'aquella empresa està a Florida. Conseqüentment, la legislació aplicable és l'americana i no l'espanyola.

laboral iniciarà la instrucció de l'expedient de regulació d'ocupació amb la finalitat de recopilar suficients elements de judici per tal de fonamentar la seua resolució administrativa. Ara bé, malgrat que les dues etapes transcorren paral·lelament en el temps, aquestes es fonamenten en principis o en interessos diferents.

El període de consultes troba la seua raó de ser en el principi de participació dels treballadors a l'empresa i inclús en el principi d'autonomia col·lectiva. La Directiva 98/59 que va codificar les anteriors, reconeix que la informació, la consulta i la participació han de realitzar-se a través de mecanismes adequats i en temps hàbil, especialment en els acomiadaments col·lectius. Per altra part, no podem ignorar que a través de l'art 64 ET el legislador ha tractat de fer partícips als treballadors en les decisions que afecten el funcionament de l'empresa i que poden repercutir en els seus interessos laborals.

El legislador, a través de l'art 64 ET, recull unes obligacions d'informació passiva en virtut de les quals, l'empresari ha d'informar-los sobre l'evolució de l'ocupació i la situació econòmica de l'empresa i del sector o sobre els balanços i comptes de resultats. A més, el precepte recull unes obligacions d'informació activa en virtut de les quals, els representants dels treballadors hauran de *ser consultats* i hauran d'emetre el corresponent informe davant determinades situacions: reestructuracions de plantilla i cessaments totals o parcials, temporals o definitius o trasllats de les instal·lacions, reduccions de jornada o fusions o absorcions amb repercussions en els volums d'ocupació: art 64.1.4 i art 40 41 47 51 ET.

La finalitat d'aquestes obligacions no és altra, que tractar que aquelles decisions que poden afectar els contractes de treballs no es realitzen amb el desconeixement dels mateixos treballadors i sobretot, allò que és pretén és implicar-los en la gestió de l'empresa i reduir els possibles conflictes que poden derivar d'aquestes decisions, si s'adoptaren amb el desconeixement dels treballadors. Tanmateix, encara estem lluny del concepte comunitari de participació i implicació dels treballadors en l'empresa.

Alhora, les darreres reformes han configurat el període de consultes en una vertadera negociació col·lectiva a nivell d'empresa en les quals les parts implicades hauran de negociar diferent tipus de mesures destinades a reduir el número d'acomiadaments i les conseqüències negatives d'aquestes mesures. A més de negociar les mesures incloses en el pla d'acompanyament social, hauran de negociar mesures destinades a garantir la viabilitat futura de l'empresa. Com podem intuir, les parts gaudiran d'uns amplis marges de llibertat a l'hora de negociar les mesures que tracten de reduir les conseqüències més negatives de la reestructuració,.

Per altra banda, l'expedient de regulació d'ocupació és compon d'una segona etapa: *la instrucció de l'expedient i l'autorització administrativa*. La intervenció de l'autoritat laboral en els procediments de regulació de l'ocupació compta amb certa tradició en el nostre ordenament jurídic i inclús podríem dir, que tradicionalment ha mantingut un paper important per les amplies facultats que l'Administració tenia en aquesta matèria. Tradicionalment, en els acomiadaments col·lectius, aquest intervencionisme administratiu ha estat justificat, perquè la seua finalitat era vetllar pels interessos col·lectius en els procediments de regulació d'ocupació.

L'expedient de regulació produirà no només uns efectes individuals en els treballadors acomiadats a més, en generarà altres de caràcter col·lectius que repercutiran sobre la societat i el mercat de treball, en la mesura que augmentaran el número d'aturats i les despeses públiques. En aquest sentit, la CE no només reconeix el principi d'estabilitat en l'ocupació, art 35 CE, que impedeix ser acomiadat sense causa, sinó que fa una crida als poders públics perquè promoguen les condicions favorables per al progrés social i econòmic i de forma especial realitzen una política orientada a la plena ocupació, art 40 CE.

No obstant això, l'intervencionisme administratiu que ha caracteritzat el procediment de regulació d'ocupació s'ha vist reduït progressivament. Igual que va passar amb el període de consultes, aquesta fase del procediment també ha patit les conseqüències de les darreres reformes laborals. Els canvis que s'han produït sobre els expedients de regulació d'ocupació han suposat una major importància i rellevància del període de consultes en detriment de la fase administrativa i una reducció de l'àmbit d'aplicació de l'art 51 i del seu procediment.

La reforma del 1994 principalment i la incorporació al dret intern de les diferents directives, convertiren les consultes en negociacions. Alhora, l'acord sobre la reorganització empresarial va passar a convertir-se en l'eixida preferida del legislador per tal de solucionar la reestructuració. Tant és així, que no només va millorar el contingut i el desenvolupament de les consultes, sinó que va explicitar la possibilitat de recórrer a procediments extrajudicials a l'hora de resoldre les possibles discrepàncies que podien existir durant les consultes i facilitar d'aquesta forma l'acord.

1) INICI DEL PROCEDIMENT DE REGULACIÓ D'OCUPACIÓ:

2.1) LA SOL·LICITUT PER TAL D'ACOMIADAR:

L'art 51.1 ET i l'art 5 RD 43/1996 estableixen, com a regla general, que serà l'empresari qui iniciï el procediment de regulació d'ocupació a través d'una sol·licitud empresarial dirigida a l'autoritat laboral³³⁹. És a dir, l'empresari no compta amb una facultat unilateral per extingir els contractes, sinó que haurà de sol·licitar autorització administrativa per poder materialitzar el seu projecte d'acomiadament col·lectiu.

Tanmateix, i de forma excepcional, la norma permet que siguin els treballadors a través dels seus representants, aquells que incoïn l'oportú expedient de regulació d'ocupació, si consideren que si no ho fan es podrien derivar perjudicis de difícil o impossible reparació, art 51.9 ET i 7 RD 43/1996. Aquesta possibilitat no ens diu res de nou per dos motius: en primer lloc, aquest supòsit ja estava previst en l'antic art 51.2

³³⁹ A l'hora de determinar l'autoritat laboral competent, a efectes de dictar l'oportuna autorització administrativa, el RD 43/1996, de 19 de gener, ha tingut en consideració la transferència de competències que s'ha produït sobre aquesta matèria. En aquest sentit, a través de diferents criteris, la norma diferencia entre àmbit de l'Administració General de l'Estat, i àmbit de les Comunitats Autònomes. El nostre cas, les competències han estat assumides per la Conselleria de Treball i Afers Socials. El RD 262/1985, 15 abril, DOGV nº243, de 15 d'abril de 1985 assignà a la Conselleria de Seguretat Social i Treball les funcions i serveis de l'Estat en matèria de regulació d'ocupació. El RD 262/1985, 23 de gener, traspasà les funcions i els serveis de l'Estat a la Comunitat Valenciana en matèria d'expedients de regulació d'ocupació.

ET, encara que l'ET no especificava la documentació que havien d'aportar els treballadors. I en segon lloc, perquè l'art 68 de la Llei 30/1992, una norma que té un caràcter supletori en aquesta matèria, permet que inicien el procediment administratiu d'ofici o a instància de la *persona interessada*. Malgrat que aquesta qüestió serà analitzada posteriorment, la Llei 30/1992 atribueix la condició d'interessat en el procediment a aquells que tinguen drets que es poden veure afectats per la decisió que s'adopti en ell.

En qualsevol cas, el procediment s'iniciarà a través d'una sol·licitud a l'autoritat laboral. Aquesta haurà d'anar acompanyada necessàriament de tota la documentació sobre la proposta d'acomiadament col·lectiu. Concretament, la documentació farà referència a la motivació empresarial i a les mesures destinades a reduir les conseqüències socials dels acomiadaments. Alhora i de forma simultània, l'empresari haurà d'iniciar el període de consultes. Segons preveu l'art 51.2 ET, aquest s'iniciarà a través d'una comunicació escrita de l'empresari dirigida als representants dels treballadors³⁴⁰.

Però a més, haurà de fer arribar una còpia de l'escrit d'iniciació de les consultes a l'autoritat laboral perquè tinga coneixement real de l'inici de les negociacions. En virtut del principi de bona fe que ha de regir les consultes, l'empresari haurà de facilitar la mateixa documentació als representants dels treballadors i a l'autoritat laboral, així ho reconeix el mateix legislador en l'art 51.2 ET.

Una vegada l'autoritat laboral ha rebut la sol·licitud amb la corresponent documentació sobre el projecte d'acomiadament col·lectiu i li han fet arribar la còpia sobre l'inici del període de consultes, haurem d'entendre que s'ha iniciat el procediment de regulació d'ocupació. De tal forma, que mentre l'empresari i els representants dels treballadors realitzen les negociacions sobre la proposta d'acomiadament col·lectiu i analitzen i debaten la documentació presentada per l'empresari, de forma simultània i paral·lelament a les consultes, l'autoritat laboral començarà la instrucció de l'expedient de regulació d'ocupació, art 51. 3 ET.

El primer que haurà de fer l'autoritat laboral serà comprovar que la sol·licitud reuneix els requisits legals i en cas contrari, haurà d'obrir un termini per esmenar els possibles errors. Alhora, comunicarà l'inici de l'expedient a l'entitat gestora de la prestació per desocupació i li facilitarà la documentació sobre el projecte d'acomiadament col·lectiu a efecte que aquesta pugui emetre el corresponent informe, que haurà de ser incorporat a l'expedient.

No obstant això, aquest no serà l'únic informe que l'autoritat laboral haurà de recabar durant la instrucció de l'expedient de regulació d'ocupació. Com preveu l'ET i

³⁴⁰ Alguns convenis estableixen l'obligació de comunicar prèviament la decisió d'acudir a l'acomiadament als representants dels treballadors: C.C del Sector del Metall d'Àlaba, B.O del Territori Històric d'Àlaba, 18 de febrer de 2004, n°21, art 34: les empreses notificaran al comitè o delegat de personal la formulació unilateral de l'expedient de regulació d'ocupació amb una antelació de cinc dies abans de sol·licitar autorització a l'autoritat laboral. Aquesta obligació afectarà els expedients sobre extincions, suspensions, o reduccions de la jornada. En altres ocasions, s'ha d'avisar a la Comissió Paritària: C.C de la indústria Siderúrgica de Valladolid, BO de Valladolid, 21 de setembre de 2004, n°218, art 51: tota decisió d'acomiadament haurà de ser comunicada a la comissió paritària, la qual realitzarà en el termini de deu dies un informe que transmetrà a les parts, amb les observacions que estime oportunes.

la norma de desenvolupament, l'autoritat laboral podrà requerir, amb caràcter general, tots aquells informes que crega convenient i que li puguen ajudar a l'hora de valorar el projecte presentat per l'empresari. Però en particular, serà necessari que recabe amb caràcter preceptiu a la Inspecció de Treball un informe que versarà sobre les causes que justifiquen el projecte d'acomiadament i l'incorporarà finalment en l'expedient, art 9 del RD 43/1996.

Coherents amb les exigències de la Llei 30/1992, una vegada han conclòs el període de consultes, l'autoritat laboral donarà audiència de l'expedient a les parts pe tal que l'autoritat laboral pugua tenir en compte altres fets, proves o al·legacions. Finalment, en arribat el moment, si el període de consultes ha conclòs amb acord i no existeix frau, dol, coacció o abús de dret, l'autoritat procedirà a dictar una resolució autoritzant els acomiadaments, és a dir, procedirà a homologar l'acord. En cas contrari, si aprecia alguna d'aquelles conductes, remetrà l'acord als òrgans judicials perquè es pronuncien sobre aquestes qüestions. Si en el període de consultes finalitza sense acord, dictarà una resolució estimant tot o part d'allò sol·licitat, o denegant allò sol·licitat.

2.2) EL CONTINGUT DE LA SOL·LICITUD D'INICI DEL PROCEDIMENT:

Com s'ha comentat anteriorment, el procediment de regulació d'ocupació s'inicia amb una sol·licitud dirigida a l'autoritat laboral i l'inici de forma simultània d'un període de consultes. Amb la sol·licitud haurem d'aportar: "la documentació acreditativa de les causes i de les mesures que cal adoptar". Tanmateix, l'art 51 ET no especifica el tipus de documentació que ha d'acompanyar la sol·licitud d'inici del procediment. Aquesta omisió va ser esmenada pel RD 43/1996.

En aquest sentit, sembla que l'art 6 del RD 43/1996 s'acosta més a les exigències comunitàries, perquè recull l'obligació empresarial d'aportar un pla social, si no en tots els casos, si quan l'empresa té una dimensió determinada, art 2.2 de la Directiva 98/59 i art 6.1.c ET. Però el precepte no només exigeix l'obligació d'aportar un pla d'acompanyament social, a més, conforme a les previsions comunitàries, l'art 6 del RD 43/1996 recull el contingut mínim que l'empresari ha de facilitar a l'autoritat laboral i als representants legals dels treballadors.

Així és, l'empresari, a més d'aportar el pla social, haurà d'aportar la següent documentació: memòria explicativa de les causes o projectes, informes o plans tècnics, treballadors acomiadats, els criteris de selecció i període dintre del qual es produiran aquests acomiadaments. A més, i a diferència d'allò que ocorria amb anterioritat, caldrà fer referència al número i categoria dels treballadors ocupats habitualment a l'empresa al darrer any. En darrer lloc, haurà d'aportar l'informe dels representants dels treballadors i el pla social.

No obstant això, podríem dir que el contingut del precepte és dret necessari mínim relatiu, conseqüentment, la norma convencional podrà millorar el seu contingut, en el sentit de reforçar-lo i establir majors garanties³⁴¹. Seguint amb aquesta idea, el

³⁴¹ El Conveni de les empreses Navileres, Consignatàries de Bucs i Empreses Estibadores de València BOP nº244, 14 octubre de 2002, en el seu art 41 amplia el tipus de documentació que l'empresa ha d'aportar, en aquest sentit hauran de facilitar als representants dels treballadors els següents documents: 1) Memòria explicativa de les causes de la crisi. 2) Balanç dels darrers tres anys. 3) Comptes d'explotació i de resultats dels darrers tres anys. 3) Memòria dels darrers tres anys. 4) Dades sobre la distribució de

conveni podrà exigir més documentació sobre el desequilibri empresarial per tal de valorar amb major precisió la concurrència de la causa i la proporcionalitat del projecte d'acomiadament i podrà concretar amb major precisió el contingut del pla social. En cas d'estar davant un grup d'empreses, podria exigir la documentació econòmica i financera a nivell global. Segurament, aquests documents i l'anàlisi de les dades de la plantilla, facilitaran la llavor de determinar si estem davant un grup amb rellevància laboral.

A més de determinar la documentació que ha d'acompanyar la sol·licitud, l'art 6 del RD recull dues previsions importants sobre la sol·licitud empresarial. En primer lloc, concreta el seu contingut. I en segon lloc, aclareix alguns aspectes per poder esmenar els defectes formals de la sol·licitud adreçada a l'Administració. Respecte al contingut de la sol·licitud, el legislador exigeix a l'empresari que aporte tota la informació necessària per tal d'acreditar dues coses: en primer lloc, l'existència d'un desequilibri empresarial que justifica els acomiadaments. I en segon lloc, que segons la situació empresarial les mesures proposades són raonables. Aquesta informació es concretarà en els següents documents: "projecte de viabilitat, pla d'acompanyament social, proposta d'acomiadament i informe dels representants dels treballadors".

2.2.1) EL PROJECTE DE VIABILITAT:

La documentació sobre el desequilibri empresarial és concreta en allò que el legislador anomena: "memòria explicativa de les causes o plans, projectes, o informes tècnics". Així doncs, si el desequilibri està relacionat amb esdeveniments tecnològics o productiu, l'empresari haurà d'aportar com a mínim, els projectes tècnics on quedarà constància de les circumstàncies que integren la causa, les mesures que es pretenen adoptar i les expectatives de repercussió d'aquestes mesures sobre la viabilitat futura de l'empresa.

En canvi, si el desequilibri que afecta l'empresa és de naturalesa econòmica, l'empresari haurà d'aportar com a mínim, una memòria explicativa de la motivació empresarial. En ella indicarà la causa que justifica l'acomiadament i les circumstàncies concretes que configuren aquella causa. És freqüent que l'empresari complete aquesta explicació fent una menció a l'evolució general de l'activitat empresarial i posant en relleu aquells desequilibris que arrossega des de temps enrera³⁴². És tracta d'acreditar

beneficis. 5) Dades sobre amortitzacions realitzades als darrers tres anys. 6) Evolució d'exigibles i obligacions eventuais dels darrers tres anys. 7) Dades de la plantilla afectada, distribució per categories, edats, centres de treball, evolució d'aquesta. Massa salarial desglossada, dels darrers tres anys, per categories. 8) Podran, durant la consulta, utilitzar els serveis d'uns assessors dels sindicats. 9) En les empreses amb diversos centres de treball caldrà facilitar més àmplia informació, destinada a acreditar la situació econòmica dels diferents centres. En un mateix sentit: Conveni Col·lectiu de les empreses Consignatàries i Estibadors de Biscaia, BO Biscaia, 29 de gener de 2004, nº19, art 36. Conveni ja citat en l'apartat 1.4.3. Aquest conveni exigeix la mateixa documentació que en el cas anterior però referida als darrers cinc anys. A més l'empresa haurà d'aportar dades sobre les tasques que ha prestat amb caràcter eventual i regular als darrers cinc anys. C.C comerç en general, Màlaga, BOP 1 de setembre de 2004, art 11: l'empresa es compromet a posar a disposició dels representants dels treballadors tota la documentació comptable, financera ..., i qualsevol altra cosa que siga sol·licitada.

³⁴² ERO 10/03, 1ª instància. MB ESPANYA SA. Expedient fonamentat en causes d'organització, econòmiques i de producció. L'empresa al·lega que la situació de l'empresa és la següent: Les funcions de disseny i de comercialització les realitza ara des de la corporació. Existeix un excés de la capacitat pels actuals volums d'activitat i a més, existeixen perdudes consolidades. La caiguda del mercat europeu

que el problema que afecta l'empresa el podem emmarcar dins d'un procés negatiu consolidat i que no és fruit de la conjuntura³⁴³.

A més a més, la memòria explicativa haurà d'exposar amb suficient precisió la situació de l'empresa, perquè aquesta serà el principal document que tindrà l'Administració per a realitzar el control posterior. A més, la memòria serà la base per tal de negociar amb els representants dels treballadors la veracitat del desequilibri al·legat per l'empresari. Conseqüentment, a efectes d'acreditar aquestes qüestions, l'empresari haurà d'aportar, amb la memòria, tota aquella documentació general de caràcter econòmic, financer o comercial que crega convenient.

Però en concret, si el desequilibri té una naturalesa econòmica, cal aportar la documentació degudament auditada sobre l'estat de l'empresa als darrers tres anys. La documentació que reflecteix l'estat econòmic d'aquesta és concreta en els comptes anuals que ha de realitzar l'empresari en finalitzar l'exercici. En ells quedarà reflectit el patrimoni, la situació financera i els resultats de l'empresa. Els comptes anuals hauran d'incloure necessàriament: *el balanç*, que recull l'actiu de l'empresa i les obligacions que formen el passiu. *Els comptes de perdudes i guanys*, que fan al·lusió als ingressos, les perdudes i el resultat de l'exercici. I *la memòria* que completarà i ampliarà la informació recollida en els anteriors documents.

Per tal de garantir la veracitat de l'estat econòmic al·legat per l'empresari, els comptes anuals s'hauran de sotmetre a una auditoria, art 34 i 40 del Codi de Comerç. Si el problema té un rerefons tecnològic o d'altre tipus, és obligatori que aporte els plans, projectes i informes tècnics, relatius a la concurrència de la causa, i on es pose en manifest les mesures que pretén adoptar i de quina forma ajudaran a garantir la viabilitat futura de l'empresa. Aquesta documentació constituirà el que podem anomenar com *pla de viabilitat*.

En realitat, ni l'ET ni el RD 43/1996 es refereixen a ell directament, ni utilitzen aquesta expressió. No obstant això, és una idea que es troba subjacent en l'art 6.1.a del RD 43/1996 sobretot, quan el legislador es refereix a la documentació que hem d'aportar a l'hora d'acreditar la concurrència de la causa tècnica, d'organització o de producció. En aquest sentit, l'art 6.1.a exigeix que aportem els plans, projectes i informes acreditatius de la concurrència de la causa, i on es posen en relleu les mesures que cal adoptar per salvaguardar la viabilitat de l'empresa. En els plans de viabilitat, l'empresari recollirà totes aquelles mesures de caràcter econòmic, financer, comercial o de marketing, destinades a fer viable el projecte empresarial. El legislador no ha establert un contingut mínim, per tant, l'empresari, tenint en compte les seues facultats d'organització i direcció, comptarà amb uns amplis marges de maniobra en aquest terreny i l'adopció d'unes mesures i no d'altres dependrà de la situació de l'empresa.

d'aquest producte ha produït una disminució de vendes i marges. Els esforços per tal de millorar l'eficiència i contenir els costos no ha aconseguit situar l'empresa en una millor situació.

³⁴³ MONEREO PÉREZ, JL, FERNÁNDEZ AVILÉS, JA, "El despido colectivo en el derecho español", op.cit, pàg. 233. Destaquen que el desenvolupament reglamentari no és congruent amb l'art 51 ET. El reglament només exigeix que l'empresari acredite el desequilibri empresarial, però no exigeix com es desprèn de l'art 51 ET, que arguement la connexió de la mesura amb la seua contribució a la superació d'una situació econòmica negativa de l'empresa. Aquesta situació, haurà d'esmenar-se amb la interpretació sistemàtica "ad extra" del precepte reglamentari amb l'art 51 ET.

En tot cas, allò més normal serà que les mesures previstes en els plans de viabilitat vagen dirigides a reestructurar les plantilles i a desfer-se d'activitats no massa solvents. En un mateix sentit, poden consistir a reduir costos, recerca de noves fonts d'inversió i clients, innovacions en els productes o poden consistir en noves estratègiques per tal d'introduir-se en nous mercats³⁴⁴. Es tracta d'acreditar que l'acomiadament és una mesura raonable i necessària i que amb la resta de propostes recollides en el projecte de viabilitat es podrà superar el desequilibri empresarial i salvaguardarem la continuïtat de l'empresa.

Tota aquesta documentació haurà de ser facilitada a l'autoritat laboral i als representants legals dels treballadors. Però en aquest darrer cas, sembla convenient que els representants dels treballadors adjunten a aquesta documentació, aquella informació que tenen de caràcter trimestral sobre l'evolució del sector, els nivells de productivitat, l'evolució de l'ocupació, art 64.1, 64.3 ET, i 10.3.1 LLOLLS. Aquesta recopilació d'informació els ajudarà a valorar la proposta empresarial de forma més precisa.

Tanmateix, encara que està més o menys clar, hem sembla important destacar que la documentació que s'ha de facilitar en virtut de l'art 6 43/1996 i la prevista en l'art 64 ET tenen una naturalesa diferent. En el primer cas, es tracta d'una informació més específica referida al desequilibri concret que afecta l'empresa. Hem de recordar, que l'empresari no podrà al·legar la dolenta situació que afecta el sector per poder justificar la concurrència de la causa, perquè el declivi a més de ser actual, ha de localitzar-se a l'empresa. En canvi, en el segon supòsit, la documentació és més genèrica i està dirigida a orientar als representants dels treballadors sobre la situació general de l'empresa i del sector a efectes de realitzar els oportuns informes davant una reestructuració empresarial, o davant un cessament total o parcial de l'empresa, art 64.4 i 64.5 ET.

2.2.2) EL PLA D'ACOMPANYAMENT SOCIAL:

Tenint en compte el contingut de la normativa comunitària i la internacional, la reforma del 1994 incidí sobre la documentació que l'empresari havia d'adjuntar a la sol·licitud d'inici del procediment i passà a exigir, en les empreses de determinades dimensions, un pla d'acompanyament social, art 6.c RD 43/1996. En el precepte, el legislador exigeix aportar un pla on es contempen les mesures adoptades o que es pretén adoptar per evitar o reduir el número d'acomiadaments, i les mesures destinades

³⁴⁴ ERO 3/04, RODRÍGO SANCHO. Causes econòmiques. Extinció de 82 contractes de treball. El pla de viabilitat inclou les següents mesures: l'empresa ha dissenyat un pla estratègic per als propers tres anys i en ell inclou les següents mesures: Ajustament de plantilla, comprar matèria prima d'Espanya a menor cost, unificació de les dues factories per tal de contenir els costos, incrementar les vendes a través d'una nova línia de productes, millorar els terminis de lliurament. Alhora, es pretén negociar un pla de jubilacions anticipades. ERO 4/03. U. NAVAL. Causes econòmiques. Màxim 46 treballadors. L'empresa pretén introduir un canvi d'estratègia empresarial i centrar-se ara en la construcció de vaixells menors. ERO nº2 i 3 ARACIL I TADELO, 2002. El pla de viabilitat inclou: millores en el producte, renovar clients, buscant altres amb major solvència, i que no tornen les comandes. Reajustar la capacitat de producció. Reduir despeses de personal, i negociar a curt termini el deute amb els bancs. Els tribunals entenen que aquests projectes de viabilitat, ajuden a analitzar la proporcionalitat de l'acomiadament: Sentència del jutjat social de pamplona nº2, 15 setembre de 2000, Ar 2888: Com queda acreditat de la documentació, l'empresa no només ha procedit a acomiadar, a més ha realitzat un programa de reconversió en els aspectes industrials, ha negociat de nou el deute institucional, i ha adoptat un acord de fusió. Així doncs, les extincions no són una mesura aïllada, formen part d'un projecte de viabilitat on els acomiadaments contribueixen a la seua superació.

a atenuar els efectes de les extincions entre les quals, el legislador destaca les següents: “mesures de readaptació o reconversió dels treballadors, integració en altres llocs de treball, mesures que afaboresquen el treball indefinit o la distribució de la jornada”.

Aquesta previsió té el seu origen en les normes internacionals i comunitàries: Conveni n°158, Recomanació n°166 i Directiva 98/52. Certament, en cap d’elles es fa referència a la necessitat d’aportar aquest document, però fan referència a la necessitat que les consultes sobre el projecte d’acomiadament col·lectiu versen sobre les mesures destinades a prevenir o evitar els acomiadaments a través de mesures socials d’acompanyament. Concretament, la Directiva 98/52, que codificà les anteriors, fa referència a les mesures de readaptació i reconversió dels treballadors acomiadats. Així doncs, al menys sobre aquestes qüestions, la reforma del 1994 millorà el contingut de la sol·licitud empresarial en exigir la necessitat d’incorporar un pla d’acompanyament social, si no en tots els casos, sí quan l’empresa té determinada dimensió, art 6.c RD 43/1996. Tanmateix, la negociació col·lectiva podrà exigir-lo en altres supòsits.

Abans d’endinsar-nos en l’anàlisi d’aquestes qüestions, hem de precisar que tant la normativa internacional, la comunitària, com la interna, art 6.c del RD 43/1996, recullen un contingut mínim del pla d’acompanyament social. En realitat, fan referència a un contingut orientador que en qualsevol cas podrà ser millorat i completat per la negociació col·lectiva, o inclús les parts, durant el període de consultes, podran proposar i negociar noves mesures que formarien part del pla d’acompanyament social.

A l’hora de millorar el contingut del pla social poden resultar interessants les previsions recollides en la Recomanació n°166 de l’OIT sobre la finalització de la relació de treball de 1982. En ella, es recull un major número de propostes dirigides a evitar o limitar al màxim els acomiadaments, art 21 al 26. Les mesures contemplades estan enfocades en dues direccions: unes consisteixen en *mesures de gestió interna*: restricció de la contractació, trasllats interns dins de l’empresa, disminució de les hores extraordinàries o reducció de la duració normal del treball³⁴⁵. I altres van dirigides a la *readaptació dels treballadors acomiadats*: plans de formació, l’empresari podrà facilitar la recerca d’altre lloc de treball o podrà establir una prioritat per a ser readmesos.

Com ens podem imaginar, l’anàlisi del pla social servirà per tal d’analitzar la proporcionalitat del seu projecte d’acomiadament col·lectiu. És a dir, el pla d’acompanyament recollirà aquelles mesures adoptades o que es pretenen dur endavant i que estan dirigides a evitar l’acomiadament o reduir les seues conseqüències socials³⁴⁶. Precisament, aquesta informació ens permetrà valorar la contribució dels acomiadaments dins d’un pla més ampli on es preveuen altres mesures destinades a reduir les conseqüències socials de l’acomiadament i assegurar la viabilitat de

³⁴⁵ L’art 21 i 22 de la Recomanació n°166 de la OIT, recull la possibilitat que davant determinades dificultats econòmiques i amb la finalitat d’evitar els acomiadaments, l’empresari pugui acudir a la reducció temporal de la duració normal del treball. Aquesta recomanació que fa la OIT xoca amb la realitat que estan denunciant els representants sindicals, ja que al·leguen que es veuen forçats a acordar una extensió de la jornada laboral dels treballadors, sense augmentar els sous, a efectes d’evitar acomiadaments i el trasllat d’empreses a altres països. País, 19 de setembre de 2004, pàg. 65.

³⁴⁶ SERRANO GARCÍA, JM, “El plan social en los despidos colectivos”, Valladolid, ed. Lex nova, 1ªed, Febrer de 2002. pàg. 77. Defineix el pla social com un conjunt ordenat de mesures, perquè una única mesura no constitueix un pla. A més, aquest terme comporta la necessitat de “panificar” les mesures. Aquestes han d’estar organitzades amb certa coherència, i tenint en compte el col·lectiu al qual van dirigides.

l'empresa, perquè les mesures que formen part d'aquest pla tracten d'evitar les extincions i quan no és possible, fer que siguin el menys traumàtiques possible.

Aquestes idees exposades fins aleshores, posen en relleu que els plans d'acompanyament social tenen una naturalesa essencialment laboral i es limiten a incloure propostes de caràcter social destinades a minimitzar els acomiadaments o a evitar-los, amb la qual cosa no els podem confondre amb els plans de viabilitat³⁴⁷, art 6 RD 43/1996. Segons aquesta norma, aquestes propostes poden anar en una doble direcció: tractar d'integrar el treballador en l'empresa o en el grup a través de mesures de gestió interna: trasllats, desplaçaments, modificacions³⁴⁸. O bé, podran introduir propostes per tal de protegir el treball indefinit.

Evidentment, a través del "pla d'acompanyament social" es podran incorporar mesures de diferent naturalesa: dret de retorn dels treballadors acomiadats, borses de treball, o mesures de formació professional dirigides a la seua readaptació i reconversió i que facilitaran la seua reincorporació en l'empresa o en altres del sector. Així doncs, tenint en compte el funcionament del mercat laboral i els problemes que tindran aquests treballadors a l'hora de buscar un nou treball, totes aquestes mesures estarien justificades. És més, tenint en compte els nivells de precarietat que existeix al nostre país, és una llàstima que no aprofitem d'alguna forma, els coneixements i l'experiència d'aquests treballadors acomiadats.

En aquest sentit, el pla d'acompanyament social podria introduir un dret de preferència d'aquests treballadors per a incorporar-se de nou en l'empresa³⁴⁹. O la

³⁴⁷ NAVARRO NIETO, F, "Los despidos colectivos", op.cit, pàg.170: el pla social es limita a mesures de naturalesa laboral, amb la qual cosa queden reservades per al pla de viabilitat o de reorganització productiva, altres aspectes d'actuació empresarial. SERRANO GARCÍA, J.Mª, "El plan social en los despidos colectivos", op.cit, pàg. 98 i 100: Apunta algunes diferències entre el pla de viabilitat i el pla social. El pla de viabilitat és d'obligada presentació davant qualsevol acomiadament col·lectiu, no importa el número de treballadors afectats. A més, aquests documents tenen un objectiu, contingut, i configuració jurídica diferent.

³⁴⁸ ERO 2/03. MTAS. "VEGA TELEMARKETING". Causes econòmiques. L'empresa inclou en el projecte, les següents mesures: reducció de personal. Trasllat de treballadors a altres empreses del grup. Les mesures adoptades en l'altre expedient no havien aconseguit resoldre la crisi. ERO 9/03, SIDMEN SA, 1ª instància. L'extinció de 180 contractes de treball per raons econòmiques i d'organització. Pla d'acompanyament social inclou: jubilacions anticipades. Contempla un pla de mobilitat funcional. L'empresa pensa que això pot afavorir la reconversió de treballadors a través de la promoció professional. Contractes de relleu: l'empresa podrà substituir les jubilacions anticipades per contractes de relleu. Pla de formació. ERO 2/01. WINTERTHUR. El pla d'acompanyament inclou les següents mesures: Proposa mesures de mobilitat geogràfica respecte 10 contractes de treball amb destí a Madrid, Burgos i Sevilla. Extincions voluntàries superant la indemnització legal. Jubilacions anticipades. Conversió de contractes a jornada completa a temps parcial. Contractació d'un servei de recol·locació.

³⁴⁹ Conveni Col·lectiu d'Empreses Remolcadores de Tràfic interior i Exterior del Port de Barcelona, DOGC, 23 de novembre de 1998, n°2771, art 39: Els treballadors amb la categoria professional de Patró, o mecànic vinculats a la plantilla d'indefinitos de l'empresa, amb els contractes rescindits per un acomiadament col·lectiu per causes econòmiques, tècniques, d'organització o de producció, sense perjudici de les indemnitzacions que els corresponen, gaudiran durant els tres anys següents a l'extinció d'un dret preferent per a ser contractats per les empreses que operen al port de Barcelona. En el cas que necessiten treballadors amb la seua categoria professional, la comissió paritària del conveni, articularà una llista d'espera en la qual, s'hauran d'inscriure els treballadors per categories. Les empreses abans d'acudir a la contractació externa, hauran d'oferir aquests llocs de treball als treballadors inclosos en la llista. El conveni signat posteriorment ha recollit de nou la clàusula: CC empreses remolcadores de tràfic interior i exterior del Port de Barcelona, DOGC, 23 agost de 2004. Art 37. C.C de reparació d'automòbils i afins d'Astúries, BOPA, 2 d'agost de 2004. L'art 51 crea una borsa de treball formada per aturats

norma convencional podria preveure una borsa de treball a nivell sectorial formada per aquests treballadors³⁵⁰. En realitat, aquesta possibilitat no es troba massa explotada. Una de les possibles explicacions siga, que des de la perspectiva empresarial, l'edat avançada d'aquests treballadors és vista com una dificultat per adaptar-se als nous canvis que han de produir-se a l'empresa. Això pot ser cert, però també és veritat que aquests treballadors tenen un bagatge professional que pot ser aprofitat d'alguna forma en benefici de l'empresa.

Tenint en comptes les idees exposades fins aleshores, és aconsellable que el pla d'acompanyament social reculla propostes laborals prou diverses, d'aquesta forma enriquiríem el contingut del període de consultes i les negociacions amb els representants dels treballadors³⁵¹. A més, no podem oblidar que les normes comunitàries i internacionals³⁵² enfoquen el període de consultes com un mecanisme dirigit a debatre propostes que busquen evitar o atenuar l'acomiadament.

Malauradament, això no és així i normalment aquest tipus de projectes es limiten a augmentar sensiblement les indemnitzacions, canalitzar els acomiadaments a través de

d'aquell sector i que han realitzat cursos de formació impartits per les organitzacions signants. D'aquesta borsa de treball, es beneficiaran les empreses del sector. C.C provincial per a activitats d'autoscoles de Granada, BOG, 26 de març el 2002, n°46. Aquest conveni estableix que per millorar la regulació del sector i evitar l'intrusisme, es crea una borsa de treball que permetrà la reincorporació dels treballadors aturats del sector. C.C empreses navileres i consignatàries de Bucs i estibadors de València, BOP n°244, 14 octubre de 2002, art 34 Les empreses afectades per aquest conveni col·lectiu es comprometen a donar preferència en l'ingrés als treballadors del sector. CC de l'empresa valenciana ATECSA, 1999. Codi: 8000412. Art 41 estableix que els treballadors que causen baixa per decisió de l'empresa tindran prioritat per a incorporar-se de nou en l'empresa.

³⁵⁰ Conveni Col·lectiu d'Empreses Consignatàries de Bucs, Estibadors, i agents de duanes. Conveni del sector de Castelló, BO Castelló 24 agost 2002, n°102, art 34: Les empreses afectades per aquest conveni es comprometen a donar preferència d'ingrés als treballadors del sector acollits en el segur de desocupació dins de les seues categories professionals, sempre que tinguen les condicions d'aptitud. En altres ocasions, la fórmula és més indirecta, perquè les empreses simplement es comprometen a no contractar treballadors d'altres sectors: CC d'Empreses Consignatàries de Bucs de Tarragona 2003-2004. BOGC, 29 agost 2003, n°3957. art 12.

³⁵¹ ERO 4/04 FOSFORERA. SWEDISH MATCH IBERIA SA. Causes econòmiques. Inicialment l'empresa tractà d'introduir les següents mesures per evitar l'acomiadament, però foren descartades, segons l'empresa, per falta d'interès dels treballadors o per les dificultats que presentaven. Aquelles mesures eren les següents: 1) relleus contractuals, reducció de la jornada, i altres possibilitats d'adaptació dels contractes sense extinció. Aquesta possibilitat es descartà per l'escàs interès dels treballadors afectats, ja que reduïa la seua capacitat adquisitiva. 2) outplacement. Es descartà pel nul interès dels afectats, perquè eren persones properes a la jubilació. 3) recol·locació en empreses annexes de la indústria auxiliar. Es descartà per la mancança de indústria auxiliar fora del grup. 4) mobilitat geogràfica. Es descartà. Són treballadors amb edat propera a la jubilació. No coneixen altres idiomes i poden tenir problemes d'adaptació en altres països. Finalment, després de descartar-les, l'empresa inclogué en el pla d'acompanyament social les següents mesures: jubilacions anticipades. Minimitzar l'impacte dels acomiadaments, seleccionant-los amb molta cura i valorant les circumstàncies personals, els perfils i les expectatives. El conveni col·lectiu del sector introduí una indemnització superior a la legal, que ha estat millorada per l'empresa.

³⁵² Art 2.2 Directiva 75/129/CE i art 13.b Conveni n°158 OIT, sobre la finalització de la relació laboral per iniciativa de l'empresari: Segons aquesta norma, l'empresari haurà d'oferir als representants dels treballadors una oportunitat per iniciar les consultes sobre les mesures que han d'adoptar a efectes d'evitar o limitar els acomiadaments, i les mesures per a atenuar les conseqüències adverses. En un mateix sentit: Art 20.1 de la Recomanació n°166 de la OIT de 1982, sobre la finalització de la relació de treball.

baixes amb incentius o jubilacions anticipades³⁵³ i en els millors dels casos, preveuen algun tipus de mesures dirigides a la formació o reciclatge dels treballadors acomiadats³⁵⁴. També és cert, que les mesures recollides en els plans socials en el sentit de l'art 6.1.c RD 43/1996, impliquen unes carregues econòmiques prou elevades i això pot dificultar la seua adopció per part d'una empresa amb un declivi important, sobretot per les elevades carregues econòmiques que impliquen aquestes mesures.

Tenint en compta el contingut mínim que ha de tenir el pla d'acompanyament social segons les previsions comunitàries i internes, aquests plans que es limiten a recollir mesures econòmiques o eixides no traumàtiques: indemnitzacions, baixes o prejubilacions, no s'ajusten adequadament a la finalitat de l'art 6.1.c RD 43/1996. Evidentment, la compensació econòmica atenua les conseqüències de l'acomiadament, però no faciliten la inserció laboral dels treballadors acomiadats. Els plans d'acompanyament social haurien d'incloure mesures de caràcter social destinades a facilitar la seua reincorporació en el mercat de treball i atenuar d'alguna forma, els efectes que aquestes extincions poden tenir en el mercat de treball i en la societat³⁵⁵.

Segons manté la Comissió³⁵⁶ “en aquests processos de reestructuracions hauríem de tractar de salvaguardar també els drets dels treballadors i oferir cursos de reciclatge professional, modernitzar els instruments de producció, obtenir finançament públic i privat i establir diàlegs i negociacions. Per tant, les empreses haurien d'assumir la seua quota de responsabilitat pel que fa al manteniment de l'ocupació del seu personal”.

2.2.3) LA PROPOSTA D'ACOMIADAMENT:

A més d'aquest tipus de documents, l'empresari haurà d'aportar allò que podem anomenar *la proposta d'acomiadament col·lectiu*. L'art 51.2 ET només diu que l'empresari haurà d'aportar la documentació necessària que acredite les causes i les

³⁵³ En algunes ocasions els Convenis opten per canalitzar les jubilacions anticipades a través dels contractes de relleu: CC de les empreses consignatàries de Bucs de les Palmes. BO de les Palmes, 30 abril de 2004, art 52.

³⁵⁴ ERO 0/03. FORD ESPAÑA SA. Extincions fins 57 treballadors. Causes: d'organització i productives. El pla d'acompanyament social inclou les següents mesures: Per tal que les extincions siguin el menys traumàtiques possible, les extincions es produiran a través de l'adhesió voluntària al pla de prejubilacions vinculat a les ajudes prèvies a la jubilació ordinària. El pla de jubilacions anticipades està integrat pel següent contingut: prestacions per desocupació contributives. Ajudes prèvies a la jubilació ordinària. Aportacions complementaries de l'empresa. A més, el pla inclou indemnitzacions sensiblement superiors a les establertes legalment. A partir dels 65 anys, es suspèn la indemnització mensual i passaran a cobrar la pensió de jubilació. L'empresa mantindrà a favor dels treballadors, el segur de vida col·lectiu fins que arriben als 65 anys. A més, podran participar en els programes socials per a treballadors jubilats. L'empresa també es compromet a contractar uns serveis de recol·locació a través d'una agència amb la finalitat que aquesta els ofereixca un lloc de treball segons el seu perfil. ERO 10/03. 1ª instància. MB ESPANYA SA. Contempla unes mesures similars: Pla de prejubilacions. Indemnitzacions superiors. Servei d'ajuda a la recol·locació que donarà suport als treballadors perquè troben treball a través de la formació, informació, i recerca i gestió de les ofertes de treball. ERO 1/02, PUZOL INDÚSTRIA SA. Extinció de 21 contractes per causes econòmiques i d'organització. Es busca una eixida no traumàtica de 21 treballadors que hagen complert 58 anys durant el 2002. SERRANO GARCÍA, J.Mª, “Los planes sociales en los despidos colectivos”, op.cit, pàg. 103: Considera que malgrat que la regulació legal ofereix a les parts instruments per dirigir les negociacions cap a altres aspectes no econòmics, en ocasions les parts negociadores estan d'acord a reduir el debat a quantificar l'acomiadament.

³⁵⁵ en aquest sentit: SERRANO GARCÍA; J.Mª, “El plan social en los despidos colectivos”, op.cit, pàg. 107.

³⁵⁶ El Llibre verd “sobre la responsabilitat social de les empreses”, COM (2001) 366final, pàg. 11.

mesures proposades, però el RD 43/1996 concreta un poc més i estima que en la proposta d'acomiadament haurem de concretar les extincions. Això significa que haurà d'indicar els treballadors que estaran afectats per aquesta decisió empresarial, els criteris que hem utilitzat per seleccionar-los i el període dins del qual, es van a materialitzar les extincions, ja que aquestes es poden fraccionar³⁵⁷.

En segon lloc, hauran d'indicar el número i categoria dels treballadors ocupats habitualment al darrer any, art 6.1.b RD 43/1996. Això no significa tampoc, que l'empresari tinga l'obligació de concretar en aquell precís moment els treballadors exactes que veuran extingit el seu contracte de treball. Com analitzarem més endavant, aquesta exigència es podrà realitzar posteriorment. Però de moment podem dir que l'art 6.b RD 43/1996 ha convertit en obligatori allò que abans era relatiu. Durant la vigència del RD 696/1980, 14 abril, només calia que aportarem la documentació relativa a la resta del personal, si l'Administració pensava que era necessari. En canvi, amb la nova regulació aquesta exigència té un caràcter obligatori.

Pel que fa als criteris de selecció, hem de dir que ni l'ET ni el RD 43/1996, recullen cap indicació sobre aquesta qüestió, excepte la prioritat de permanència dels representants dels treballadors. Certament, la falta de criteris de selecció amplia les facultats empresarials. Però aquesta llibertat a l'hora de designar els treballadors no és absoluta, es troba limitada per la CE i pel respecte als drets fonamentals³⁵⁸. Per altra part, no podem oblidar que la norma convencional també pot limitar aquesta facultat empresarial³⁵⁹.

A diferència del que ocorre en el nostre ordenament jurídic respecte a la selecció dels treballadors acomiadats, la Recomanació nº166 de la OIT de 1982, art 23, aconsella que els criteris de selecció estiguen fixats anticipadament. Aquests hauran de tenir en compte tant els interessos de l'empresa com el dels treballadors i podran fixar-se a través de diferents instruments, però la recomanació fa al·lusió a alguns d'ells: lleis, resolucions judicials, reglaments d'empresa, o convenis col·lectiu. Conseqüentment, res impedeix que a través de la norma convencional els fixem, això sí, hauran d'ajustar-se a les exigències recollides en la CE. A més, el conveni podrà anar més enllà i establir una mena d'acció afirmativa i establir davant un acomiadament, una mena de preferència en la permanència en l'empesa d'aquells col·lectius³⁶⁰ que tenen majors problemes per a romandre o reincorporar-se en el mercat laboral.

³⁵⁷ STSJ de Madrid, 16 de febrer de 1993, Ar 986: La resolució dictada en un expedient de regulació d'ocupació autoritza a finalitzar unes relacions laborals, però això no implica que els cessaments s'hagen de produir de forma automàtica i immediata. Tot el contrari, a partir d'aquella data es poden realitzar de forma gradual, de conformitat amb les necessitats de l'empresa. És possible autoritzar unes extincions durant un temps prudencial. En un mateix sentit: STCT, 7 de febrer de 1983, Ar 960.

³⁵⁸ RIERA VAYREDA, C, "La selección de los trabajadores afectados en supuestos de despidos por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción", TS, 1999, nº106, pàg. 15: els criteris hauran de ser objectius i hauran de tenir el seu fonament en motius professionals. Això facilita el control per part de l'Administració. L'empresari pot al·legar que per tal de seleccionar un concret treballador ha tingut en compte la seua categoria professional, o el seu centre de treball, o la poca polivalència del treballador, el cost salarial, o els índexs d'absentisme. D'aquesta forma, l'Administració pot exercir un control complet des de la causa a la finalitat perseguida, passant per les mesures proposades i els concrets treballadors afectats.

³⁵⁹ En un mateix sentit: ALBIOL MONTESINOS, I, "Comités de empresa y delegados de personal", bilbao, ed. Deusto, 1992, pàg. 126.

³⁶⁰ VALÉS DAL-RE, F, "La designación de los trabajadores afectados en la empresa por despido económico: el laberinto de la desregularización", op.cit, pàg. 84: La consagració d'un principi d'abstenció

En darrer lloc, la informació recollida en l'art 6.b RD 43/1996: dades sobre els treballadors i la plantilla als darrers temps, categoria professional, criteris de selecció i període dins del qual es realitzaran els acomiadaments, ens ajudarà a valorar per una part, si els criteris de selecció s'ajusten a les previsions de la CE. I per altra part, ens permetrà analitzar la proporcionalitat del projecte d'acomiadament i valorar la relació entre els llocs de treball afectats, la causa i la finalitat perseguida, sobretot, quan la causa al·legada té una naturalesa tècnica, d'organització o de producció.

2.2.4) INFORME DELS REPRESENTANTS DELS TREBALLADORS:

Finalment, l'empresari haurà d'aportar l'informe dels representants dels treballadors, art 64 ET. Aquests, tenint en compte la informació que tenen sobre el sector, les perspectives sobre la producció i l'ocupació i sobre el declivi empresarial, hauran d'emetre un informe on valoraran, si la proposta empresarial és una mesura proporcional i si les mesures que preveu ajudaran a superar els problemes de viabilitat que amenacen l'empresa. És important dir, que aquest informe no vincularà l'empresari, només servirà per valorar el projecte de reestructuració i adoptar-ne una posició.

L'incompliment empresarial d'aquesta obligació constituirà una infracció greu, art 7.7 RDLL 5/2000, de 4 d'agost. No obstant això, Algun conveni col·lectiu³⁶¹ va més enllà i declara que l'incompliment de l'obligació empresarial d'informar als representants dels treballadors, representants unitaris i sindicals, sobre la decisió de realitzar un acomiadament col·lectiu i l'omissió de l'informe previ dels representants dels treballadors, *comportarà la nul·litat de l'expedient*. Certament, sembla excessiva la qualificació que la norma convencional atribueix a aquest incompliment. Hem de tenir en compte, que la precedència, improcedència o nul·litat de l'expedient ha de realitzar-la l'òrgan laboral, i a més, els supòsits de nul·litat dels actes administratius es troben taxats, art 61 Llei 30/1992, i no podem crear noves causes de nul·litat a través de la norma convencional.

2.3) L'ESMENA DE LA SOL·LICITUD:

Malgrat que més endavant tornarem de nou sobre aquestes qüestions, de moment podem dir que en el moment l'autoritat laboral tinga la sol·licitud empresarial haurà d'examinar si aquesta reuneix els requisits de l'art 6 RD 43/1996. En cas que no fos així, l'autoritat laboral requerirà l'empresari perquè en el termini de deu dies esmene la falta o adjunte els documents preceptius. Tant l'art 51.3 com l'art 6.2 RD 43/1996

de la Llei en la individualització dels treballadors afectats per acomiadaments econòmics serveix als interessos empresarials i extrau de l'esfera de l'empresari, inicialment, la responsabilitat de col·laborar amb les polítiques actives d'ocupació, que tracten de corregir el funcionament del mercat de treball.

³⁶¹ Conveni Col·lectiu d'arts Gràfiques, paper, indústries auxiliars de Guipúscoa 2001-03. BO de Guipúscoa, 27 de juny de 2001, nº123. L'art 52 diu: Amb caràcter previ a la presentació a l'autoritat laboral de la sol·licitud de l'expedient de regulació d'ocupació, les empreses estan obligades a: 1) notificar al comitè d'empresa i a la secció sindical de l'empresa la mesura que pretenen adoptar, el seu fonament, i els documents en els quals fonamentaran la seua pretensió. 2) haurà de concedir un termini de 72 hores o de tres dies des d'aquella notificació, perquè el comitè i la secció emeten un informe que no tindrà caràcter vinculant. L'incompliment de l'empresa d'aquells requisits formals comportarà la nul·litat de l'expedient. En un mateix sentit: C.C del sector de joguines de Guipúscoa, BO de Guipúscoa, 5 de març 2003, nº43, art 21.

reproduïen la norma general recollida en l'art 71 LL 30/1992. No obstant això, el reglament puntualitza que l'Administració es dirigirà a l'interessat en un termini de deu dies i reconeix altres deu dies a efectes que esmenen els defectes³⁶².

Lògicament, i fins que corregesca els errors, els terminis del període de consultes es suspendran. Aquesta és una conseqüència lògica, perquè durant les negociacions els representants dels treballadors i l'empresari hauran d'analitzar la proposta empresarial tenint en compte la documentació aportada per aquest amb la sol·licitud. Així doncs, sembla complicat dur a terme l'objectiu del període de consultes, si la sol·licitud té defectes o falten documents³⁶³. Una vegada requerit l'empresari perquè solvete aquests errors poden ocórrer dues coses: si passats els terminis, la part interessada no els ha esmenat, l'autoritat laboral estimarà que ha desistit en la seua pretensió i arxivarà les actuacions. En el supòsit que l'empresari els corregesca, començaran a computar els terminis del període de consultes i es facilitarà una còpia de l'esmena als representants dels treballadors.

Tanmateix, existeix una tercera possibilitat. Pot ocórrer que una vegada esmenats els errors, l'Administració examine la sol·licitud i estime que la sol·licitud no reuneix els requisits de l'art 51.1 ET, aleshores l'autoritat laboral declararà la improcedència de la sol·licitud. Tanmateix, l'empresari podrà recórrer aquesta resolució de l'autoritat laboral. Ara bé, mentre els òrgans jurisdiccionals de l'ordre social no assumeixen competències per conèixer sobre les resolucions administratives relatives a la regulació d'ocupació, l'ordre competent serà el contencions administratiu. Així ho reconeix l'art 3.3 LLPL i l'art 16 que en tema de recursos ens remet a la Llei 30/1992.

3. EL PERÍODE DE CONSULTA AMB ELS REPRESENTANTS DELS TREBALLADORS:

3.1) PLANTEJAMENTS GENERALS:

Tradicionalment, la regulació dels acomiadaments col·lectius ha estat caracteritzada per l'intervencionisme estatal en aquest terreny. Com ha assenyalat un autor³⁶⁴ “aquest intervencionisme es va inspirar en un model de relacions laborals estatalista i autoritari” on la participació dels representants dels treballadors a l'hora de gestionar els acomiadaments d'aquesta naturalesa era més formal que altra cosa³⁶⁵.

³⁶² GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I, “Procedimientos de regulación de empleo”, en D.A.”Reforma de la legislación laboral”, op.cit, pàg. 386: destaca que la nova regulació ha avançat a aquesta primera part de la fase administrativa el tràmit d'esmena. Amb anterioritat, havíem d'esperar a la segona fase i més concretament al fracàs del període de consultes.

³⁶³ NORES TORRES, LE, “El desarrollo reglamentario del artículo 51 ET: el procedimiento de regulación de empleo en el RD 437/1996, 19 de enero”, op.cit, pàg. 359.

³⁶⁴ NAVARRO NIETO, F, “Los despidos colectivos”, op.cit, pàg. 41 i 125. La regulació dels acomiadaments es basava sobre dos pilars: a) la consideració de l'empresari com l'única instància interna en l'empresa amb protagonisme efectiu en la delimitació i impuls del supòsit dels acomiadaments. B) la intervenció de l'Administració i l'ordre jurisdiccional com a instàncies externes a l'empresa, en garantia del principi d'estabilitat en l'ocupació.

³⁶⁵ NAVARRO NIETO, F, “Los despidos colectivos”, op.cit, pàg. 126: Tant el Decret de 1972 com la Llei de relacions laborals de 1976, es limitaven a exigir a l'empresari l'aportació, amb la sol·licitud d'extinció, de l'informe del Jurat de l'Empresa al qual afegirem en el tràmit administratiu, l'informe de

Aquest plantejament va canviar amb la CE, aprovada l'any 1978. Els drets i principis reconeguts en la CE: dret a la llibertat sindical, art 28 CE, a la negociació col·lectiva, art 37 CE, a la llibertat d'empresa, art 38 CE, i el dret al treball, art 35 CE, ens obliga a replantejar-nos el vell model de procediment previst per als acomiadaments col·lectius. Els amplis marges empresarials que les legislacions precedents havien reconegut a l'hora de gestionar els excedents de plantilla, es troben ara matisats per aquestes previsions constitucionals. Com no podia ser d'altra forma, el poder d'organització empresarial es troba ara limitat i condicionat per altres principis amb rellevància social³⁶⁶.

Així és, en el present règim jurídic dels acomiadaments col·lectius, però també en les regulacions que l'han precedit, es troba subjacent una confrontació d'interessos. Aquesta fricció fa necessària una regulació negociada sobre els projectes de reestructuració empresarial, ja que el projecte d'acomiadament no afectarà només l'empresa, sinó també els drets i interessos dels treballadors. Això a nivell pràctic es tradueix en la necessitat d'articular un procediment de consulta i d'informació amb participació de la representació col·lectiva amb la finalitat de deliberar sobre el projecte d'acomiadament col·lectiu i tractar de buscar un equilibri entre la llibertat d'organització empresarial i el dret a l'estabilitat en l'ocupació.

Així doncs, el període de consultes, al menys en la regulació actual, troba la seua justificació o la seua raó de ser en dos principis: el d'autonomia col·lectiva i en el de participació dels treballadors en l'empresa. Podríem dir, que aquesta participació dels treballadors en l'empresa es realitza a través de procediments d'informació i consulta o a través de la negociació amb els seus representants. De tal forma, que totes aquelles decisions empresarials que poden repercutir en els interessos i drets dels treballadors, incloent clar està, les possibles reestructuracions empresarials, hauran de ser sotmeses a un procediment de consulta o de negociació amb els representants dels treballadors.

A més, segons l'ET, els treballadors tenen dret a participar en l'empresa a través dels seus òrgans, art 60 ET, i l'art 64 preveu que l'empresari haurà d'informar-los sobre les possibles reestructuracions. En darrer lloc, l'art 51 ET preveu l'obligació de negociar el projecte d'acomiadament. Podríem dir doncs, que l'ET imposa un sistema de gestió participativa de la crisi, perquè l'empresari no podrà materialitzar unilateralment el seu projecte, sinó que l'haurà de negociar amb els representants dels treballadors. Alhora, si mantenim que el període de consultes és, al menys en la present regulació, una vertadera negociació col·lectiva a nivell d'empresa, hem d'admetre que aquells que es troben negociant un projecte d'acomiadament col·lectiu gaudiran d'uns amplis marges de llibertat a l'hora de regular les condicions laborals en l'empresa i de buscar formules destinades a reduir els acomiadaments i atenuar les conseqüències més negatives de les reestructuracions.

l'organització sindical, sense majors previsions. Per la seua part, el DLLT de 1977 no introduí cap canvi substancial.

³⁶⁶ STC 22/1981, 2 de juliol: reconeix que el dret al treball en el seu aspecte individual, es concreta en el dret de tots a un determinat lloc de treball, si es compleixen amb els requisits necessaris de capacitat i en el dret a la continuïtat o a l'estabilitat en l'ocupació, és a dir, a no ser acomiadats si no existeix una justa causa. STC 3/1983, 25 de gener, configura l'ordenament laboral com un ordenament compensador i igualador que busca la correcció al menys parcial, de les desigualtats fonamentals entre empresari i treballador. En un mateix sentit: STC 20/1994, 27 de gener.

L'obligació de canalitzar el projecte d'acomiadament col·lectiu a través del procediment de regulació d'ocupació ha caracteritzat amb peculiaritats i diferències, tant la regulació jurídica dels acomiadaments col·lectius recollida en l'ET de 1980 com el present règim jurídic. En la versió originària de l'ET, el període de consultes i la fase administrativa eren successives. L'autoritat administrativa només intervenia una vegada finalitzat el període de consultes³⁶⁷. La regulació prevista en la versió originària de l'ET presentava algunes insuficiències relacionades amb l'obligació empresarial d'informació i consulta amb els representants dels treballadors i posava en relleu en tot cas, un desajust amb la normativa comunitària. Tanmateix, en bona part aquestes mancances van ser superades a través de la Llei 11/1994, però principalment pel reglament de regulació d'ocupació, RD 43/1996 19 de gener, que va ser aprovat un temps després.

En aquest sentit, el legislador es va fer ressò de les previsions comunitàries recollides en la Directiva 75/129 i 92/56 i va tractar d'esmenar aquelles insuficiències. Recordem, que la Directiva 92/56 diu que d'acord amb allò dit en la Carta Comunitària dels Drets Socials, la informació, consulta i participació dels treballadors ha de realitzar-se a través de la utilització de mecanismes adequats i en temps hàbil i sobretot, cal garantir que les obligacions d'informació i consulta siguin respectades. De tal forma, que mitjançant la reforma del 1994, el legislador va concretar amb major precisió els aspectes del procediment, els objectius i continguts de les consultes i el tipus d'informació que cal facilitar als representants dels treballadors.

Les principals aportacions de la reforma sobre el procediment de regulació d'ocupació se concretaren en les següents mesures: el legislador va concretar la finalitat del període de consultes i va recollir l'obligació d'elaborar un pla social en determinats supòsits. La nova regulació va possibilitar que l'acord produït en el període de consultes pogués ser subscrit pels representants unitaris o pels representants sindicals. Pel que fa a la fase administrativa, el legislador va convertir el silenci negatiu de l'Administració en silenci positiu. La nova regulació va exigir que la decisió de l'Administració fos congruent amb la sol·licitud empresarial. I en darrer lloc, la reforma va convertir en simultani el que abans era successiu. Amb el nova regulació el període de consultes i la fase administrativa, s'iniciaran de forma simultània, art 51.2 ET i art 5 RD 43/1996.

Malgrat que més endavant tornarem de nou sobre aquestes qüestions, de moment podem dir, que aquests darrers canvis consolidaren la importància del període de consultes a l'hora de tramitar la proposta d'acomiadament. La reforma va enfortir el paper de la negociació col·lectiva en dues direccions: per una part, va convertir el període de consultes i d'informació en una vertadera negociació col·lectiva en matèria

³⁶⁷ Respecte el període de consultes, MOLERO MANGLANO, C, "Los expedientes de regulación de empleo y sus problemas básicos", op.cit, pàg. 557, afirma que el model espanyol és excepcional en el panorama del dret comparat, perquè preveu una intervenció contundent de l'autoritat laboral, i això dificulta el problema tècnic de la qualificació jurídica del període de consultes. Però és més, d'acord amb aquestes característiques, podríem afirmar que no resulta possible la identificació del període de consultes amb cap de les institucions laborals o processals habitualment utilitzades en la nostra matèria. SANTOS FERNÁNDEZ, R, TORRENTE GARI, S, "naturaleza y eficacia de los acuerdos alcanzados en período de consultas en procedimientos de despido colectivo", AL, nº10, 1996, pàg. 153: També respecte el període de consultes, aquestes autores mantenen que aquesta fase pretenia la lliure confrontació de plantejaments i propostes entre l'empresari i els representants dels treballadors. No obstant, aquest període de consultes no s'orientava normativament a la conclusió d'un acord: sobre les parts pesava només l'obligació legal de negociar.

de reestructuració empresarial, que té com a objectiu la recerca d'un acord. Per altra part, va potenciar les clàusules convencionals que preveïen procediments extrajudicials de solució de les discrepàncies sorgides dins del període de consultes, art 85.1 ET³⁶⁸, amb la finalitat de facilitar un acord sobre la reorganització de l'empresa.

Certament, a la vista de la normativa comunitària, pot existir algun petit dubte pel que fa al tipus de participació que ha d'existir a l'hora de tramitar el projecte d'acomiadament. És a dir, que en un primer moment podem dubtar a l'hora de dirimir si allò que exigeix el legislador és un procediment de consulta o de negociació sobretot, perquè l'art 2 de la Directiva té una redacció ambigua que propicia aquests dubtes. Tanmateix, l'art 51 ET i concretament l'art 8 del RD 43/1996 n'és molt més clar. De tal forma, que podem deduir que allò que pretén el legislador és instaurar una negociació amb els representants dels treballadors.

Segurament, allò que pretén el legislador no és simplement que els representants dels treballadors estiguen informats de les intencions de l'empresari. El període de consultes no és un tràmit més on informaran als treballadors d'aquestes mesures empresarials i intercanviaran informació. El període de consultes, al menys a partir de la reforma de 1994, és una vertadera negociació. Recordem que tant l'art 2 de la Directiva com l'art 51 ET, reconeixen que les consultes es realitzaran per assolir un acord i per tal d'arribar a un acord sobre la reorganització empresarial cal realitzar prèviament unes negociacions³⁶⁹. En definitiva, com en altres aspectes d'aquesta matèria, la reforma del 1994 va ajudar a potenciar el paper de la negociació col·lectiva i va dotar el període de consultes d'una nova dimensió desconeguda fins aleshores.

Les previsions recollides en l'art 51 ET i en RD 443/1996, impedeixen que considerem el període de consultes com una fase on participen sense més els representants dels treballadors amb la finalitat que les parts analitzen de forma conjunta les dades que probablement poden justificar la reestructuració de la plantilla. La present regulació sobre els acomiadaments col·lectius ha convertit aquesta fase en una negociació sobre les reestructuracions empresarials, que es regeix pel principi de bona fe i que va encaminada a assolir un acord entre l'empresa i els representants dels treballadors³⁷⁰.

Amb la present regulació sobre el període de consultes, no es tracta només que l'empresa informe als representants dels treballadors sobre l'estat actual de l'empresa i sobre la necessitat d'acudir a aquestes mesures per salvaguardar la seua viabilitat futura.

³⁶⁸ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I, "Procedimientos de regulación de empleo en el despido colectivo", en D.A., "El régimen del despido tras la reforma laboral", op.cit, pàg. 273 i 279, com encertadament manifesta aquest autor, junt a l'enfortiment de la via de l'art 52.c ET, la Llei 11/1994 proporciona una segona via de potencial debilitament i de reducció del camp de joc de l'autoritat administrativa, l'art 85.1 ET. El legislador busca que aquests procediments solucionen les controvèrsies fent innecessària l'autorització administrativa.

³⁶⁹ TORRES GOSALBEZ, L., "La nueva regulación del despido colectivo y la normativa comunitaria", en D.A., "La nueva regulación de las relaciones laborales", op.cit, pàg. 391. La Directiva imposa un deure de negociar, ja que per assolir un acord cal realitzar un intercanvi d'ofertes i propostes alternatives. Altra cosa és que l'acord pugui aconseguir-se o no.

³⁷⁰ En relació amb el període de consultes recollit en l'ET de 1980, MOLERO MANGLANO, C., "Los expedientes de regulación de empleo y sus problemas básicos (II)", AL, 1989, nº41, pàg. 565. Aquest autor apuntava que en aquella regulació no estàvem davant una situació mínimament anàloga a la negociació d'un acord col·lectiu. L'ET parla d'un estricte termini de discussió i consulta amb els representants legals, a qui prèviament els han facilitat la documentació.

Alhora, la llavor dels representants dels treballadors no es limita a exposar sense més els seus plantejaments. Efectivament, l'empresa els ha d'informar sobre aquests extrems i sobre la seua intenció de procedir a un acomiadament col·lectiu, art 5 i 6 RD 43/1996, el comitè d'empresa ha d'emetre un informe previ davant una reestructuració o un cessament parcial o definitiu de l'empresa, art 64.4.a ET³⁷¹, i els delegats sindicals han de ser escoltats abans de dur a terme aquests processos, art 10.3.3 LLOLLS. Però les previsions recollides per al període de consultes excedeixen d'aquesta simple dimensió informativa³⁷².

Durant els trenta o quinze dies que conformen aquesta fase, les parts analitzaran i negociaran sobre el projecte d'acomiadament col·lectiu presentat per l'empresa. Tenint en compte la documentació aportada per aquesta, estudiaran si el desequilibri que pateix justifica aquest tipus de mesura i proposaran i debatran alternatives a l'acomiadament. Tenint en compte les previsions de l'art 8 RD 43/1996, les negociacions hauran d'anar més enllà i abordar la possibilitat de dur endavant mesures destinades a atenuar els costos socials de l'acomiadament amb l'objectiu que aquests siguen el menys traumàtics possible³⁷³. Així doncs, del tenor de l'art 51 ET i de l'art 6.c i 8 del RD 43/1996, podem dir que la negociació de mesures socials és un deure, al menys en les empreses de determinades dimensions, ja que el pla social només és obligatori en determinats supòsits.

Segons aquestes previsions, les negociacions no haurien de quedar reduïdes a negociar qüestions econòmiques i haurien de dirigir-les també a unes finalitats més socials. Això significa, que les parts hauran d'esforçar-se per recollir plans de recol·locació, formules alternatives a l'acomiadament basades en plans de viabilitat de l'empresa en vistes al futur i també hauran de recollir mesures de formació professional que atenuen o compensen les conseqüències que han de patir els treballadors afectats.

³⁷¹ SALA FRANCO, T, ALBIOL MONTESINOS, I, "Derecho Sindical", valència, Tirant lo Blanc, 1996, 4^aed, pàg. 243: sobre l'art 64 ET mantenen que quan l'acomiadament és col·lectiu, l'art 64 ET podria interpretar-se en el sentit que està afegint un requisit a l'art 51 ET; perquè preveu la necessitat d'aportar l'informe dels representants del treballadors abans que l'empresari realitze l'extinció autoritzada per l'autoritat administrativa. Aquesta possibilitat està avalada per alguns Convenis Col·lectius, que estableixen com a requisit previ, comunicar la decisió d'acudir a l'acomiadament col·lectiu als representants dels treballadors: C.C del sector del Metall d'Àlaba, BO del Territori històric d'Àlaba, 18 de febrer del 2004, n°21, art 34. Conveni ja citat. C.C de les empreses consignatàries de Bucs de Barcelona, 2003-2005. BOGC, 9 octubre 2003, n°3984, art 7: Quan en un centre de treball no existeix comitè d'empresa, la Comissió Mixta Paritària, emetrà a sol·licitud de l'empresa o dels treballadors, un dictamen en forma reglamentaria i amb caràcter previ a qualsevol plantejament d'expedient de regulació d'ocupació. CC provincial, per al comerç tèxtil de Ciutat Reial, BO de Ciutat Reial, 20 de juny de 2003, n°75, art 10. Conveni citat anteriorment: La decisió de presentar un expedient de crisi serà comunicada per l'empresa als representants dels treballadors, amb una antelació de trenta dies abans de la seua presentació davant l'autoritat laboral. En un mateix sentit: C.C d'Arts Gràfiques i Indústries Auxiliars Guipúscoa, 2001-2003, BO, 27 de juny 2001, n°123, art 52

³⁷² MONEREO PÉREZ, JL, FERNÁNDEZ AVILÉS, JA, "El despido colectivo en el derecho español", op.cit, pàg. 160, en relació amb el període de consultes, mantenen que estem davant allò que hauríem d'anomenar "negociació col·lectiva participativa", perquè incideix sobre aspectes fonamentals de la gestió de l'empresa com a centre de gravetat i queden en xoc els poders de l'empresari en una negociació col·lectiva amb projecció dels principis de democràcia industrial en el govern de l'empresa.

³⁷³ TORRES GOSALBEZ, L, "La nueva regulación del despido colectivo y la normativa comunitaria", en D.A, "La nueva regulación de las relaciones laborales", op.cit, pàg. 396. Com apunta aquest autor, la Comissió Europea era partidària d'una major adequació legislativa a l'hora de precisar el contingut de les consultes. Aquest objectiu l'han aconseguit amb la redacció de l'art 51.4 ET. De tal forma, que amb les previsions recollides en relació amb el període de consultes, es pretén cobrir un dels aspectes sobre els quals la Comissió reclamava major adequació a la Directiva.

Tanmateix, en moltes ocasions, els plans socials es limiten a augmentar les indemnitzacions o a incloure plans de baixes o prejubilacions.

No obstant això, els plantejaments que comencen a sorgir a nivell europeu sobre les reestructuracions socialment responsables poden corregir aquesta tendència. Aquest nou concepte sobre les crisis empresarials sembla que impedirà els plans basats exclusivament en mesures econòmiques. Els plans d'acompanyament social hauran d'incloure mesures destinades principalment a recol·locar els excedents de plantilla i mesures destinades a reciclar els treballadors acomiadats.

Les reestructuracions socialment responsables són aquelles que es preparen adequadament, que identifiquen els riscos, calculen els costos directes i indirectes de les estratègies, busquen mesures alternatives i tracten de reduir el número d'acomiadaments. Alhora, aquest tipus de concepció sobre les reestructuracions suposarà un nou impuls del període de negociació amb els representants dels treballadors, perquè reestructurar des d'un punt socialment responsable, significa buscar la participació i la implicació de tots els afectats a través d'una informació i consultes obertes³⁷⁴.

3.2) ELS SUBJECTES TITULARS DELS DRETS DE CONSULTA:

Segons la present regulació sobre els acomiadaments col·lectius, tindran la consideració de part interessada i estaran legitimats per tal d'intervenir en el procediment de regulació d'ocupació, l'empresa i els treballadors a través dels seus representants legals, art 3 i 4 del RD 4371996. Per altra banda, l'ET concreta un poc més aquestes qüestions i en relació amb els subjectes legitimats per a intervenir en les consultes i amb els quòrums necessaris per tal de signar els acords, preveu que les consultes es realitzaran amb els representants legals dels treballadors i l'acord requerirà la conformitat de la majoria dels membres del comitè o comitès d'empresa, dels delegats del personal, o dels representants sindicals si existiren que en conjunt, representen la majoria d'aquells, art 51.4 ET.

Aquests preceptes plantegen diferents qüestions que poc a poc hem d'aclarir. En primer lloc, hem de determinar si els treballadors són part en el procediment, si només poden negociar els representants dels treballadors i si ambdues representacions poden negociar i signar acords. En qualsevol cas, de moment ens centrarem a determinar els subjectes legitimats per a negociar amb l'empresari. A partir d'aquests articles podem extreure una primera conclusió: estan legitimats per a negociar amb l'empresari tant la representació unitària com la sindical.

En aquest sentit, les discussions sobre si tant la representació unitària com la sindical podien negociar i signar acords ha deixat de ser un problema des que el T.S.³⁷⁵

³⁷⁴ Llibre verd, "fomentar un marc europeu per a la responsabilitat social de les empreses". Com (2001) 366 final. Pàg. 10.

³⁷⁵ STS, 29 de juny de 1995, Ar 6251: La jurisprudència interpretava que quan l'ET menciona la representació legal dels treballadors, es referia exclusivament als comitès i delegats de personal i mai a les entitats sindicals. No obstant, la representació que ambdues ostenten als interessos generals dels treballadors està conferida per la Llei, per tant, hem d'entendre que les dues són legals. No obstant això, es donava l'estranya situació que una negociació col·lectiva d'empresa, una modificació de condicions de treball, o un expedient de regulació d'ocupació, podia ser negociat per l'empresari amb els sindicats, però havia de ser subscrit pel comitè d'empresa o els delegats de personal, que podien no haver intervingut en

es va pronunciar i va considerar que l'expressió "representants legals dels treballadors" inclou tant la representació unitària com la sindical. Aquesta interpretació ens obliga a considerar que ambdues representacions poden ser un interlocutor vàlid de l'empresari a l'hora de negociar el projecte d'acomiadament col·lectiu. Així doncs, el problema ara consisteix a determinar si han d'actuar acumulativament o alternativament.

Respecte a aquesta problemàtica, cal començar dient que la regulació estatutària sobre el període de consultes, art 51 ET, recull dues referències sobre els representants dels treballadors. La primera aborda el tema dels subjectes que poden intervenir en les negociacions i la segona fa referència a la forma d'adoptar els acords. Així doncs, començarem per la primera qüestió, és a dir, els subjectes que poden intervenir en les negociacions. Per les raons exposades, són el comitè d'empresa i delegats de personal dels centres on treballen els subjectes afectats per les mesures proposades i els delegats sindicals d'aquelles seccions on existeixen treballadors afectats en el seu àmbit d'implantació, aquells que podran intervenir en les negociacions. Així doncs, està clar que ambdues representacions poden ser consultades per l'empresari, però només amb una d'elles es pot arribar a un acord. És a dir, que en una reestructuració empresarial els representants legals dels treballadors no poden actuar acumulativament.

Així i tot, la determinació de l'interlocutor no és un tema pacífic³⁷⁶ dins de la doctrina científica. Possiblement, correspon a l'empresari triar amb qui vol consultar la seua proposta empresarial, i en principi pot triar la representació amb la qual es trobe més còmode negociant. Hem de pensar que aquesta elecció no suposarà relegar o marginar una representació en benefici d'altra, al menys en un sentit negatiu, perquè tant la representació unitària com la sindical, compten amb la possibilitat d'exposar els seus plantejaments sobre el projecte d'acomiadament, art 64.4.a ET, i art 10.3.3 LLOLS.

la negociació. La llei 11/1994 ha esmenat aquesta situació i ha englobat dins de la representació legal, tant a la unitària com a la sindical.

³⁷⁶ SALA FRANCO, T, "La reforma del mercado de trabajo", Valencia, CISS, 1994, pàg. 182: considera que correspondrà a l'empresari triar el seu interlocutor, i a més assenyala que aquest tema és irrellevant per la sindicalització de la representació unitària. SANTOS FERNÁNDEZ, R, TORRENTE GARI, S, "Naturaleza i eficacia de los acuerdos alcanzados en el período de consultas en procesos de despido colectivo", op.cit, pàg. 157: En efecte, de la part dels treballadors, com en la negociació d'un conveni estatutari del Títol III, existeix una dualitat d'agents entre els quals cal triar a aquell que ha de concloure l'acord, una qüestió que es pot resoldre a través d'una representació sindical. GARCÍA FERNÁNDEZ, M, "La extinción de la relación laboral en la Ley 11/1994, de 19 de mayo", AL, 1994, n°30, pàg. 488. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I, "Procedimientos de regulación de empleo en el despido colectivo", en D.A, "El régimen del despido tras la reforma laboral", op.cit, pàg. 292 i 294. SÁEZ LARA, C, "Los acuerdos colectivos de empresa: una aproximación a su naturaleza y régimen jurídico", RL, 1995-I, n°11, pàg. 553: Els subjectes legítims seran tant els representants sindicals com els unitaris. L'adopció dels acords constitueix una competència compartida en forma alternativa i no acumulativa per ambdós canals de representació empresarial. En contra: GOERLICH PESET, J.M, "Los despidos colectivos", en D.A, "Comentarios a las leyes laborales", op.cit, pàg. 142: Els principals destinataris dels drets d'informació i els protagonistes de les consultes continuen sent els representants unitaris (sense perjudici dels drets dels delegats sindicals). Mantenir el contrari suposaria defensar un ús "no tècnic" de l'expressió "representants legals" i això cal demostrar-ho. En un sentit similar: ELORZA GUERRERO, F, "Los acuerdos de empresa en el ET", Madrid, ed. CIS, 2000, pàg. 206. Estima que si ambdues representacions volen negociar, la representació unitària hauria de tenir preferència, perquè l'expressió "representants legals dels treballadors" fa possible aquella interpretació. La qüestió no dependria de la voluntat de l'empresari, ja que en aquests casos no existeix una referència legal com la recollida en l'art 87.1 ET.

Segons aquestes darreres previsions, trie a qui trie l'empresari, les dues representacions podran ser escoltades i podran participar d'alguna o altra forma en la tramitació del projecte d'acomiadament col·lectiu. Però a més, com han apuntat alguns sectors de la doctrina, possiblement aquest tema siga més teòric que pràctic per la sindicalització de la representació unitària³⁷⁷. Altre sector doctrinal, a efectes d'evitar possibles problemes entre ambdues classes de representació, considera que allò més raonable és pensar que l'empresari haurà de dirigir-se a les dues representacions i en cas de discrepàncies entre elles, hauria de negociar amb la representació sindical pel seu reconeixement constitucional³⁷⁸.

3.2.1) LA REPRESENTACIÓ UNITÀRIA:

En el supòsit que la consulta i negociació sobre el projecte d'acomiadament es realitze amb la representació unitària, aquells que hauran de participar en ella seran el comitè o comitès d'empresa o els delegats de personal. Tenint en compte que l'àmbit sobre el qual es configura aquest tipus de representació és el centre de treball, podem dir que aquest és un element important a l'hora de concretar el dret de consulta i negociació. Efectivament, el dret a ser consultats i a participar en les negociacions es predica del comitè o comitès d'empresa o delegats de personal d'aquells centres de treball sobre els quals, es desplega els efectes del projecte d'acomiadament col·lectiu³⁷⁹.

Per a determinar la participació d'un d'aquests òrgans, entenc que no és necessari que en aquell concret al centre de treball es realitzen acomiadaments, serà suficient que es troben afectats pels efectes de la reestructuració. En el projecte empresarial d'acomiadament col·lectiu no només inclouran la proposta d'acomiadar uns determinats treballadors, a més la supressió d'aquells llocs de treball requerirà la necessitat d'incloure altres mesures de reestructuració empresarial: trasllats o desplaçaments, modificació de la jornada, mesures de mobilitat funcional, o altres mesures alternatives destinades a evitar o atenuar l'acomiadament, però també destinades a crear una nova organització. En definitiva, es tracta de mesures que estan encaminades a reorganitzar l'estructura interna de l'empresa i que poden recaure sobre centres de treball que no estan afectats per uns concrets acomiadaments.

³⁷⁷ ALFONSO MELLADO, CL, PEDRAJAS MORENO, A, SALA FRANCO, T, "Los acuerdos de reorganización productiva", RL, 1996, n°3, pàg. 144. MONEREO PÉREZ, JL. FERNÁNDEZ AVILÉS, JA, "El despido colectivo en el derecho español", op.cit, pàg. 166.

³⁷⁸ La determinar l'interlocutor de l'empresari no és un tema pacífic en la doctrina. Alguns consideren que l'empresari haurà d'adreçar-se a ambdues representacions, i en cas de discrepàncies haurà de negociar amb la representació sindical: CRUZ VILLALÓN, J, "El artículo 41 ET tras la reforma de 1994", RL, 1994, pàg. 129-130, GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I, "Procedimientos de regulación de empleo en el despido colectivo", en D.A, "El régimen del despido tras la reforma", op.cit, pàg. 392. DESDENTADO BONETE, A, "El despido objetivo económico: ámbito, causas, forma, efectos y control", en D.A, El régimen del despido tras la reforma laboral", op.cit, pàg. 288.

³⁷⁹ STS, 15 de març del 2002, Ar 5046: Segons l'art 51.5 ET, el període de consultes pot concloure amb acord de les parts. Resulta evident que les consultes i l'eventual acord ha de realitzar-se *amb els representants de cada centre de treball*. En el supòsit de ser diversos i no correspondre l'àmbit d'actuació del comitè a tots ells, es realitzarà directament amb els treballadors. En aquest cas concret, la discussió i les consultes per poder arribar a un acord s'ha de realitzar entre l'empresari i els representants legals dels treballadors, que en aquest cas eren els comitès d'empresa de cada centre de treball. En un mateix sentit: ALBIOL MONTESINOS, I, "Regulación de plantillas y despidos colectivos: practica judicial (I)", op.cit, pàg. 127.

Quan l'empresa compta amb un únic centre de treball, els problemes poden ser mínims en comparació a quan existeix una diversitat d'ells. Com he apuntat anteriorment, són diferents els efectes que es poden derivar del projecte d'acomiadament: alguns centres de treball poden estar afectats per mesures més traumàtiques: acomiadaments, sobre altres poden recaure mesures menys dràstiques, i altres poden no estar afectats per aquestes mesures. Evidentment, la diferent lectura que realitzen els subjectes que representen a cada centre de treball afectat de les mesures adoptades, podrà dificultar l'adopció de l'acord. A més, aquestes dificultats poden augmentar quan existeixen centres afectats per l'acomiadament sense representació col·lectiva. En aquest supòsit, les consultes s'hauran de realitzar amb els mateixos treballadors afectats o per una representació "ad hoc", art 4 RD 43/1996.

Tal vegada, la falta de representació als centres de treball és més un problema teòric que pràctic. Certament, existeixen alguns centres sense representació col·lectiva, però allò cert és que l'ET tracta d'evitar aquesta situació. Recordem, que l'art 63.2 ET tracta d'esmenar aquesta situació i permet crear un *comitè d'empresa conjunt*, quan algun centre de treball té un cens inferior a cinquanta treballadors, però que en conjunt i sumant el d'altres centres radicats en la mateixa província o municipis, obtenen aquella quantia.

Reprement el problema plantejat en les línies anteriors sobre com canalitzar les consultes d'un expedient que afecta diversos centres de treball, sembla que serà necessari articular un procediment de consulta individualitzat, perquè no és possible un acord amb un d'ells o amb alguns dels comitès dels centres afectats per la reestructuració i deixar de costat la resta. Per altra banda, quan l'empresa compta amb una pluralitat important de centres de treball, allò més convenient a efectes pràctics serà acudir al comitè intercentres, sempre que la norma convencional l'haja creat amb competències sobre aquesta matèria. En absència d'aquest tipus de comitè, allò més raonable serà crear una mena de comissió on estiguen representats tots els centres de treball afectats, perquè així podrien facilitar un desenvolupament més àgil de les negociacions³⁸⁰.

Tanmateix, a forma de conclusió, podem dir que aquesta perspectiva que posa l'èmfasi en el centre o centres de treball a l'hora de determinar la participació en la consulta i negociació de la proposta empresarial, em sembla que xoca un poc amb el tractament global que requereix el tema dels acomiadaments col·lectius. No oblidem, que és l'empresa i no el centre de treball, l'àmbit triat pel legislador a l'hora de valorar els elements materials i subjectius de l'acomiadament col·lectiu. Hem de pensar que a través dels acomiadaments col·lectius es tracta de fer front a crisis generalitzades. Precisament, aquest plantejament pot requerir òrgans de representació col·lectiva d'àmbit empresarial destinats a participar en les negociacions del projecte d'acomiadament col·lectiu.

³⁸⁰ Hi ha qui en el seu moment apuntà aquesta possibilitat, principalment quan el comitè d'empresa resulta nombrós: ALBIOL MONTESINOS, I, "Regulación de plantillas laborales y despidos colectivos: practica judicial", op.cit, pàg. 127: Quan el comitè d'empresa és nombrós, l'ET no aclareix si a les reunions que han de celebrar-se durant el període de consultes han d'acudir tots els membres del comitè, o poden designar una representació. En tot cas, serà necessari acudir a les previsions sobre el funcionament del comitè recollides en el reglament de funcionament intern d'aquest òrgan.

3.2.2) EL COMITÈ INTERCENTRE.

Enllaçant amb la problemàtica plantejada anteriorment, quan una empresa es constitueix sobre una diversitat de centres de treball i aquesta es troba immersa en un procés de reestructuració, allò més convenient és reconduir les negociacions a través d'aquest òrgan d'àmbit empresarial. Precisament perquè la seua actuació excedeix del centre de treball, aquest òrgan pot constituir un dels mecanismes de representació col·lectiva que millor defenga l'interès col·lectiu dels treballadors en les negociacions d'un projecte d'acomiadament col·lectiu. Però alhora, aquest òrgan evitarà els inconvenients pràctics de negociar amb una ampla col·lectivitat de subjectes³⁸¹, una situació que per raons obvies pot dificultar les negociacions i la possibilitat d'arribar a un acord amb l'empresari.

Malgrat que és una figura que compta amb un potencial important i pot tenir alguns avantatges, allò cert és que aquest òrgan de representació col·lectiva no prolifera entre les nostres empreses. A favor de la seua constitució podem dir que les empreses assentades sobre diversos centres de treball compten amb una gestió econòmica i d'organització que excedeix el centre de treball i per tant, és necessari crear òrgans que siguin capaços de desplegar una acció representativa a nivell empresarial.

Contràriament al que podríem pensar, el comitè intercentre és una figura escassament regulada en el nostre ordenament jurídic. El legislador li dedica únicament un precepte: art 63.2 ET i delega en la norma convencional la seua regulació i la seua constitució. Aquests amplis marges reconeguts al conveni col·lectiu no han donat lloc a una proliferació de clàusules convencionals destinades a crear aquesta figura de representació col·lectiva. És possible que trobem diferents raons que expliquen aquest abstencionisme convencional, però una d'elles pot ser que els òrgans de representació col·lectiva: els unitaris i els sindicals, veuen aquest òrgan amb un poc de recel³⁸² perquè el comitè intercentre pot assumir algunes de les seues competències i els pot relegar a un segon lloc.

Però a més, la constitució d'aquest òrgan de representació col·lectiva està condicionada per l'existència de determinats requisits que no fomenten la seua proliferació. En primer lloc, únicament podrà existir, si la norma convencional el crea i el dota de funcions³⁸³. En segon lloc, és necessari que l'empresa en qüestió s'assente

³⁸¹ A l'hora de crear òrgans representatius que excedeixen l'àmbit empresarial, en ocasions opten per crear el comitè intercentre, en altres ocasions creen el delegat intercentre: CC de la indústria transformadora de plàstics de Madrid, BOCM, 30 de juliol de 2004, art 45. I en altres casos opten per crear els delegats territorials. CC d'Empreses de Treball Temporal, BOE, 24 de juny del 2004, art 55.

³⁸² CRUZ VILLALÓN, J, "La representación de los trabajadores en la empresa y en el grupo". Op.cit. pàg. 87. La constitució del comitè intercentre implica no només un plus de drets a favor de determinats subjectes i facilita una millor representació i tutela dels interessos dels treballadors en l'empresa, alhora produeix una disminució de la importància d'altres interlocutors socials, de forma immediata i al marge de formalismes jurídics. De tal forma que perden competències reals les representacions unitàries existents en el centre de treball, o les seccions sindicats que actuen a nivell d'empresa.

³⁸³ La jurisprudència ha destacat les diferències entre el comitè d'empresa i l'intercentres: STS, 12 de desembre de 1990, Ar 9776: El comitè d'empresa i el comitè intercentres són dues figures jurídiques clarament diferenciades que no es poden confondre. Així doncs, aquest darrer òrgan només existirà, quan la seua constitució estiga prevista per conveni, a diferència del que ocorre amb el comitè d'empresa. Les úniques funcions que pot tenir el comitè intercentres són aquelles reconegudes per conveni. En canvi, el comitè d'empresa gaudeix de les funcions reconegudes per l'art 64 ET. A més, aquests són òrgans de representació directa dels treballadors. En canvi, normalment el comitè intercentres és un òrgan de

sobre diferents centres de treball, uns centres que han de comptar amb una pluralitat de representacions unitàries. Aquest darrer requisit és troba justificat, perquè els distints membres del comitè intercentre han de ser escollits d'entre els membres que integren els comitès d'empresa, art 63.c.

2.2.1) LES DIFICULTATS QUE PRESENTA EL COMITÈ INTERCENTRE A L'HORA DE NEGOCIAR UN EXPEDIENT:

Els mateixos elements que configuren i donen sentit a aquest òrgan de representació col·lectiva poden dificultar el seu funcionament i la seua existència. En primer lloc i pels motius exposats anteriorment, pot ocórrer que la norma convencional no haja previst la seua creació, consegüentment, els representants unitaris dels diferents centres de treball veuran frustrades les possibilitats de crear aquest òrgan³⁸⁴.

A més d'aquest primer problema, cal agregar una segona dificultat: els seus membres són triats d'entre els òrgans representatius a nivell de centre de treball. Sembla lògica aquesta exigència, perquè es tracta de crear un òrgan que represente els interessos i drets dels treballadors a nivell empresarial. Però alhora, aquesta exigència pot provocar un efecte negatiu sobre el comitè intercentre. Tant és així, que aquelles empreses que compten amb uns centres de reduïdes dimensions poden trobar alguns problemes a l'hora de crear aquest òrgan. O senzillament, les eleccions poden no haver-se produït i presentant-se les mateixes dificultats en relació amb la seua creació.

A més, no hem d'oblidar que les seues funcions i competències són atribuïdes per conveni col·lectiu. Per tant, és possible que l'empresa compte amb un comitè intercentre, però que aquest no puga intervenir en la negociació del projecte d'acomiadament per no tenir assumida aquesta funció. Probablement, no serà fàcil que el conveni delegue aquesta competència a aquell òrgan de representació col·lectiva, al menys de forma exclusiva. En realitat, la importància que té aquesta matèria per a les diferents representacions que poden participar en la negociació de l'expedient i la clara

representació derivada o de segon grau. Són òrgans distints i no poden intercanviar entre ells les seues funcions. El Conveni col·lectiu Air Nostrum, BOP nº279-3, de 23 de novembre de 2001, l'art 47 crea el comitè intercentre de Seguretat i Salut, i l'art 52 crea el comitè intercentres. El conveni el reconeix com a l'òrgan de representació unitària dels treballadors a l'empresa. Serà competent per a denunciar, iniciar, negociar, concloure els convenis col·lectius que afecten els seus representants. El conveni el reconeix com a l'únic òrgan representatiu de tots els treballadors; sense perjudici, de les facultats reconegudes a les seccions sindicals. En un mateix sentit: CC General de la Indústria del Sucre 2003-2006. BOE, 26 de setembre de 2003, nº231, art 55. Tindrà les funcions reconegudes per al comitè d'empresa. C.C de neteja pública de Madrid, BOCM, 24 agost de 2004, art 46: crea el comitè intercentre. Les seues funcions consistiran a garantir els interessos de la plantilla de l'empresa dins de l'àmbit d'aplicació d'aquest conveni. El C.C indústria transformadora de plàstic de Madrid, BOCM, 30 de juliol de 2004. L'art 45 crea la figura del delegat sindical intercentre. La seua funció és ser informat i escoltat per l'empresa en el tractament de les qüestions d'àmbit superior al centre de treball. C.C materials per a la construcció i sanejament, Pontevedra, BOP 18 d'agost de 2004, art 22: aquest conveni també crea aquesta figura de representació col·lectiva, i l'atribueix les següents funcions: 1) totes les recollides en els art 19, 22, 16, 34, 37, 38, 39, 40, 41 ET. 2) Recepció de les comunicacions, notificacions, i documents que l'empresa efectue. 3) facultat de dirigir a l'empresa totes aquelles comunicacions, notificacions, i documents sobre aquelles qüestions que es plantegen i afecten més d'un centre de treball.

³⁸⁴ CRUZ VILLALÓN, J, "La representación de los trabajadores en la empresa y en el grupo de empresas", op.cit, pàg. 141 i 142. en relació amb aquest problema, aquest autor fa la següent observació: La remissió en aquest terreny a la negociació col·lectiva de cap forma pot interpretar-se en clau positiva. En particular, si es compara aquesta tècnica normativa amb la regulació dels comitès d'empresa i delegats de personal dins del Títol II ET. Aquesta remissió només l'hem d'interpretar en clau negativa. En clau de posar límits a la seua institucionalització dins del nostre sistema de relacions laborals.

voluntat de no voler tenir un paper secundari en la gestió de les reestructuracions i reorganitzacions d'empresa, constituirà una raó de pes a l'hora de no assignar aquesta funció al comitè intercentre.

No obstant això, allò més lògic seria que el comitè intercentre pogués intervenir en la negociació de l'expedient o que aquesta funció fos compartida amb el comitè d'empresa o amb els delegats de personal. Aquesta seria la solució que millor encaixaria amb la naturalesa del comitè intercentre. No podem oblidar que aquest és un òrgan que representa els treballadors a nivell d'empresa, i que els projectes d'acomiadament col·lectiu tenen un abast global, perquè inclouen mesures que estenen els seus efectes sobre els diferents centres de treball, i finalment l'expedient comportarà una reorganització de l'empresa. En canvi, quan la proposta d'acomiadament limite els seus efectes a un centre de treball, la negociació de l'expedient pot ser reconduïda a través del comitè d'empresa.

Aquesta situació enllaçaria amb la problemàtica relacionada amb el repartiment de competències entre el comitè intercentre i la resta d'òrgans de representació col·lectiva. En aquest terreny, ens trobem amb el recel del comitè d'empresa i dels delegats de personal que evidentment, no volen perdre el seu paper central en la defensa dels drets i interessos dels treballadors a l'empresa, i tracten d'evitar que l'assignació de funcions al comitè intercentre, els buide d'aquelles competències que formen la seua essència³⁸⁵.

Així doncs, a l'hora d'evitar els problemes pràctics que origina una negociació on participen una pluralitat de representacions col·lectives, el comitè intercentres no sempre serà una opció viable. Això ens obliga a buscar solucions alternatives que ens permeten convertir les consultes en un procediment caracteritzat per les notes d'agilitat i celeritat amb la finalitat de facilitar la participació de les parts negociadores. Quan no puga intervenir el comitè intercentres, allò més adequat serà que els diferents òrgans que representen els centres afectats per l'expedient, creen una mena de "comissió ad hoc" on estiguen representats tots, del contrari les negociacions es poden allargar massa temps i les dificultats pràctiques poden impedir una eixida negociada al problema.

3.2.3) LA REPRESENTACIÓ SINDICAL:

No es pot negar que la reforma de 1994 va suposar un canvi important en relació amb el període de consultes. Per tal d'esmenar els problemes que s'havien plantejat en l'etapa anterior, el legislador va autoritzar els representants sindicals a participar en la negociació d'un expedient de regulació d'ocupació. Segurament el canvi en aquest sentit va estar propiciat per la doctrina del TC en matèria de llibertat sindical i més concretament per l'articulat de la LLOLLS, especialment els art 8 i 10 de l'esmentada norma. Certament, en relació amb els subjectes legitimats per a negociar un expedient

³⁸⁵ CRUZ VILLALÓN, J, "La representación de los trabajadores en la empresa y grupo de empresa", op.cit, pàg. 154 i 155. A l'hora de concretar el repartiment de l'espai vital cal diferenciar, dins del conjunt de funcions representatives desenvolupades per aquests òrgans, entre aquelles competències que són susceptibles de ser compartides, i altres que no poden ser compartides. És a dir, el conveni podria assignar funcions al comitè intercentre sobre una matèria quan afecte la totalitat de l'empresa o a diversos centres de treball, però no podria negar la intervenció del comitè d'empresa, quan la matèria circumscriu els seus efectes a un únic centre de treball. Pel que fa a les competències que no poden ser compartides les podríem atribuir en exclusiva a les instàncies del centre de treball.

de regulació, era necessària una regulació més respectuosa amb el contingut de la Llei orgànica de Llibertat Sindical.

La Llei orgànica de llibertat sindical estableix que la representació sindical dels treballadors a l'empresa es realitzarà a través de les seccions sindicals, que estaran representades pels delegats sindicals, art 8 LLOLLS. Aquest precepte reconeix als treballadors afiliats a un sindicat, la possibilitat de crear seccions sindicals a l'àmbit de l'empresa o del centre. Alhora les dota d'una sèrie de drets, que són ampliatos quan es tracta de seccions dels sindicats més representatius, quan tenen representació al comitè d'empresa, o compten amb un delegat de personal, art 8.1 i 8.2 LLOLLS. En aquest darrer supòsits, aquestes tenen reconegut el dret a la negociació col·lectiva, art 8.2.b LLOLLS entre altres drets.

Seguidament, la norma recull una nova possibilitat i permet que les seccions sindicals, constituïdes a l'emparament de l'art 8 LLOLLS, puguin ser representades per un delegat sindical. Per tal que es done aquesta circumstància cal la concurrència de dos requisits: en primer lloc, és necessari que el sindicat corresponent tinga presència als òrgans de representació unitària de l'empresa o del centre de treball. I en segon lloc, cal que la unitat de referència, és a dir, l'empresa o el centre de treball, compte com a mínim amb 250 treballadors, art 10.1 LLOLLS³⁸⁶. Tot seguit, els reconeix una sèrie de drets que els facilitarà la seua llavor a l'empresa, art 10.3 LLOLLS. Entre aquests destaca: el dret d'audiència prèvia, quan l'empresari adopta mesures de caràcter col·lectiu que afecten els treballadors en general i els afiliats en particular, art 10.3.3 LLOLLS.

Ara bé, el legislador no autoritza que qualsevol secció sindical pugui participar en la negociació d'un expedient de regulació d'ocupació³⁸⁷, només legítima aquelles que en el seu conjunt, representen la majoria dels membres dels corresponents òrgans de representació unitària dels *centres afectats* pel projecte d'acomiadament, art 51.4 ET³⁸⁸.

³⁸⁶ LUJÁN ALCARAZ, J, "La acción sindical en la empresa", Madrid, CES, 2003, pàg. 153 i 154: Segurament l'exigència que la plantilla de l'empresa o del centre de treball compte amb més de 250 treballadors estava justificada en el context econòmic i productiu espanyol de finals dels setanta. Però la situació actual a canviat. La negociació col·lectiva està corregint l'anacronisme numèric de la LLOLLS, mitjançant solucions variades i imaginatives que tracten d'expressar la voluntat dels subjectes negociadors. L'objectiu és adaptar les previsions normatives a la realitat.

³⁸⁷ NAVARRO NIETO, F, "Los despidos colectivos", op.cit, pàg. 147. Estima que és possible deduir un dret de consulta de totes les seccions sindicals constituïdes, perquè no està vinculat aquest reconeixement a mínims de representativitat. Encara que la participació i el pes de cada secció sindical ha de deduir-se del seu grau representatiu. Com reitera la jurisprudència en altres camps de l'activitat sindical, la legitimitat, en aquests casos, s'identificarà amb l'àmbit de referència de l'expedient: l'empresa o el centre. No obstant això, res impedeix que puguem estendre la legitimitat a les seccions constituïdes sobre el conjunt empresarial.

³⁸⁸ LUJÁN ALCARAZ, J, "La acción sindical en la empresa", op.cit, pàg. 196. GARCÍA FERNÁNDEZ, M, "La extinción de la relación laboral en la Ley 11/1994, 19 de mayo", op.cit, 489. RODRÍGUEZ RAMOS, JM, "EL procedimiento", en D.A, "El despido. Análisis y aplicación práctica", op.cit, pàg. 516. Segons aquest autor, no qualsevol representació sindical pot intervenir en el període de consultes. Ha de tractar-se de representants sindicals que en el seu conjunt representen la majoria dels membres del comitè. SANTOS FERNÁNDEZ, R, TORRENTE GARI, S, "Naturaleza y eficacia de los acuerdos alcanzados en el período de consultas en procedimientos de despidos colectivos", op.cit, pàg. 154. La intervenció de les seccions sindicals hauria de realitzar-se a través dels delegats sindicals, quan estiguen presents en el comitè d'empresa. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I, "Procedimientos de regulación de empleo", D.A, "Reforma de la legislación laboral", op.cit, pàg. 391 i 393: reconeix la possibilitat que pugui participar la representació sindical, perquè en relació amb el període de consultes existeix la clara voluntat

D'aquesta forma, el legislador identifica els subjectes que poden signar acords, amb els que poden dur endavant les negociacions.

Dit açò³⁸⁹ i encara que pot ser discutible, alguns han defès que les seccions sindicals dels sindicats més representatius, l'art 8.2 LLOLLS, també poden participar en les consultes. A l'hora de defensar aquesta possibilitat afirmen que la voluntat del legislador consistia a aproximar el període de consultes a les regles previstes per a la negociació col·lectiva d'un conveni d'empresa, 87.1 ET. De tal forma que podem apreciar certa similitud entre els dos preceptes. Segons aquesta interpretació, la connexió entre l'art 51.4 ET, art 8 LLOLLS i l'art 87.1 ET, permetria que les seccions sindicals de l'art 8.2 LLOLLS pogueren intervenir en el període de consultes. Com mantenen aquells autors, les seccions dels sindicats més representatius i les que compten amb representació en el comitè d'empresa, o compten amb delegat de personal, estarien legitimades per a negociar l'expedient de regulació d'ocupació.

3.2.3.1) EL DRET D'AUDIÈNCIA PRÈVIA DELS DELEGATS SINDICALS:

Ambdues formes de representació: la unitària i la sindical, estaran legitimades per tal de negociar la proposta d'acomiadament col·lectiu. Clar està, amb les limitacions exposades anteriorment. Però es tracta d'una actuació alternativa no acumulativa. És a dir, qualsevol dels dos canals representatius poden constituir-se com a interlocutors vàlids de l'empresari durant les negociacions de l'expedient, però només amb una d'elles es pot signar l'acord sobre la reestructuració empresarial. Així es desprèn de l'art 51.4 ET.

En qualsevol cas, no podem oblidar que la Llei orgànica de llibertat sindical atorga als delegats sindicals un dret d'audiència prèvia davant l'adopció de mesures de caràcter col·lectiu, art 10.3.3 LLOLLS. Aquesta previsió comportarà que si la representació unitària es constitueix com a interlocutor de l'empresari durant la tramitació de l'expedient, l'empresari no podrà al·legar aquesta situació per negar als representants sindicals el dret d'audiència prèvia recollit en l'art 10.3.3 de la LLOLLS.

El dret a ser escoltats prèviament a l'adopció d'aquestes mesures és un dret autònom i diferent d'aquell reconegut en l'art 51.4 ET. Però en tot cas, el dret d'audiència prèvia no és incompatible amb el dret a negociar la proposta d'acomiadament col·lectiu. A més, com ha reconegut el TC³⁹⁰ la facultat reconeguda en l'art 10.3.3 de la LLOLLS forma part del contingut addicional de la llibertat sindical.

d'aproximar la seua regulació a l'existent en relació a la negociació de convenis del títol III. No obstant, no totes les representacions sindicals podran participar, només les contemplades en l'art 8.2.b LLOLLS i les que tinguen presència en el comitè d'empresa. ALBIOL MONTESINOS, I, "Regulación de plantillas laborales y despidos colectivos. Practica judicial", op.cit, pàg. 127. SÁEZ LARA, C, "Los acuerdos colectivo de empresa: una aproximación a su naturaleza y régimen jurídico", RL-I, 1995, pàg. 562: Fent una interpretació sistemàtica amb allò previst en l'art 10.3, són els delegats sindicals els que estan legitimats per a assolir un acord amb l'empresari. En la seua opinió, la fórmula permet ampliar la legitimitat a les seccions sindicals que compten amb delegats de personal o membres en el comitè d'empresa.

³⁸⁹ GARCÍA-PERROTE, ESCARTÍN, I, "Procedimientos de regulación de empleo", op.cit, pàg. 393. Només poden participar en les negociacions les seccions contemplades en l'art 8.2.b LLOLLS. Per tant, són aquestes les que tenen dret a participar en la designació del "banc social", encara que no totes necessàriament hauran de formar part del "banc social".

³⁹⁰ STC 30/1992, 18 de març: l'art 28 de la CE integra drets d'activitat i mitjans d'acció dels sindicats: vaga, negociació col·lectiva i promoció dels conflictes col·lectius. A més, d'aquells mitjans d'acció

Però malgrat que aquest dret és compatible amb el dret a negociar l'expedient, poden sorgir alguns dubtes sobre la finalitat i el contingut d'aquest dret. En realitat, allò que es persegueix amb aquesta garantia és establir una protecció del treballador afiliat i permetre alhora a l'òrgan sindical realitzar un control previ sobre la decisió empresarial que el permeta desenvolupar una defensa eficaç dels seus afiliats³⁹¹. Allò que han volgut, és circumscriure aquesta previsió als supòsits on el treballador afiliat extingeix la seua relació laboral a través d'un acomiadament disciplinari³⁹², amb la qual cosa han impedit que estenguem l'audiència prèvia a altre tipus d'acomiadament³⁹³.

Tanmateix, alguns autors³⁹⁴ defenen una opinió contrària a la defensada pel TS i considera que la substancial reforma introduïda en l'art 52.c ET fa insuficient considerar que es requereix una protecció reforçada de l'exercici del dret a la llibertat sindical enfront l'exercici del poder disciplinari empresarial, i no enfront d'altres formes d'exercici del poder empresarial d'extinció que poden igualment originar una "*debilitació indirecta i objectiva*" de les instàncies sindicals en l'empresa a través de l'actuació sobre els treballadors afiliats. Segons aquests autors, no existeix elements suficients per a defensar raonablement la previsió d'un "*plus protectionista*" del lliure exercici de l'afiliació de la mateixa llibertat sindical dels treballadors enfront de les represàlies empresarials causades per motius exclusivament disciplinaris i no quan el treballador afiliat és objecte d'un acomiadament, art 52.c ET.

sindical, els sindicats poden ostentar drets o facultats addicionals atribuïts per normes o convenis que passen a engrossir el contingut essencial del dret a la llibertat sindical. Com aquests drets no formen part del contingut essencial, la seua configuració legal o convencional només està subjecta al límit de no vulnerar el seu contingut.

³⁹¹ STC 30/1992, 18 de març, STC 21/1992, 30 de juny. STS, de 23 de maig de 1995, Ar 5897: Amb aquesta intervenció el sindicat pretén garantir una defensa preventiva de la persona de l'afiliat front qualsevol represàlia empresarial per motius sindicals. Aquesta es constitueix com una garantia singular del treballador sindicat que no té la resta de treballadors, i que troba la seua raó de ser en la conveniència apreciada pel legislador segons la qual, els treballadors afiliats han de tenir una protecció reforçada front el poder disciplinari de l'empresari.

³⁹² ARAMENDI SÁNCHEZ, J.P., "Los despidos por causas técnicas, organizativas y productivas", op.cit, pàg. 358: No sembla raonable la limitació del tràmit d'audiència sindical només per als acomiadaments disciplinaris segons manté la STS, 23 de maig de 1995. Aquella limitació no es desprèn de la norma. Com diu el mateix TS, la legislació espanyola no utilitza la paraula acomiadament únicament per als acomiadaments disciplinaris.

³⁹³ STSJ Cantàbria, 18 de novembre de 1997, Ar 4657.

³⁹⁴ LUQUE PARRA, M., "La exigibilidad del tramite de audiencia al delegado sindical previsto en el Art. 10.3.3 LLOLLS, en los supuestos de despidos por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción. Un comentario a la STS de 23 de mayo de 1995", en D.A., "Presente y futuro de la regulación del despido", op.cit, pàg. 323 y 324. MONEREO PÉREZ, J.L., FERNÁNDEZ AVILÉS, A., "El despido colectivo en el Derecho Español", op.cit, pa 167: defèn que no cap una interpretació restringida de l'àmbit funcional de l'esmentada garantia, en base a una línia hermenèutica coherent amb la institucionalització de la representació sindical en l'empresa i la seua concepció amplia en la tutela i promoció dels interessos generals dels treballadors en l'empresa.

Des d'un altra banda, crec contràriament a allò que pensa el TS³⁹⁵, que el dret de consulta prèvia, art 10.3.3 LLOLLS, té un abast més general i no es limita a reconèixer una mena de protecció dels treballadors afiliats. Certament, l'art 10.3.3 LLOLLS preveu aquest tipus de control sobre determinades decisions empresarials que afecten els treballadors sindicats. Però abans de recollir aquesta previsió, el precepte preveu un dret d'audiència prèvia dels delegats sindicals davant "*mesures de caràcter col·lectiu que afecten els treballadors en general*".

És necessari doncs, diferenciar aquests dos drets atribuïts als delegats sindicals que no formen part del comitè d'empresa, art 10.3 LLOLLS. En relació amb el primer d'ells, allò que genera la seua aplicació és la naturalesa de les mesures que es pretenen adoptar. De tal forma, que davant l'adopció d'una mesura empresarial que tinga un abast global, caldrà complir amb el tràmit d'audiència prèvia al delegat sindical. I en relació amb el segon dret, és a dir, ser escoltats davant un acomiadament o sanció interposada a un afiliat, aquest és constitueix com una garantia a favor dels afiliats. En paraules del TS, la raó de ser d'aquesta garantia es troba en "la conveniència apreciada pel legislador que els treballadors sindicats tinguen una protecció reforçada enfront el poder disciplinari de l'empresari, ja que poden ser més vulnerables"³⁹⁶

Coherents amb aquest plantejament, l'audiència prèvia al delegat sindical haurà de produir-se davant l'adopció d'un conjunt de mesures que han de ser negociades amb els representants dels treballadors i que tenen un abast col·lectiu: modificació substancial de les condicions de treball, art 40 ET, suspensió dels contractes de treball, art 47, mobilitat geogràfica, art 40.2 ET o acomiadaments col·lectius, art 51 ET. En aquest sentit, no hi ha dubte que un acomiadament col·lectiu és una mesura empresarial que té un abast global, perquè més enllà dels treballadors acomiadats aquests tipus de decisions implicaran una reestructuració empresarial que repercutirà sobre la resta de la plantilla.

Arribat a aquest punt, podem dir que l'empresari, prèviament a l'adopció de la mesura de caràcter col·lectiu, ha d'escoltar la postura i les propostes dels delegats sindical. A més, tenint en compte el funcionament i desenvolupament del procediment de regulació d'ocupació i el contingut de l'acord, no ha d'haver inconvenient en el fet que l'audiència la realitzen en un moment posterior. Exactament, una vegada homologat l'acord entre empresari i els representants unitaris.

A més, aquesta possibilitat permetrà controlar d'alguna forma la concreció dels treballadors afectats. Com sabem, aquesta concreció no es produirà necessàriament durant les negociacions, perquè a partir del RD 43/1996 el legislador només exigeix que en la sol·licitud l'empresari indique el número i categoria de treballadors afectats, amb la qual cosa l'acord assolit durant les negociacions normalment permetrà l'acomiadament genèric d'un número determinat de treballadors. Segurament, en aquest moment del procediment les parts no concretaran els treballadors que veuran extingit el

³⁹⁵ STS, 23 de maig de 1995, Ar 5897, STS 18 de febrer de 1997, Ar 1448. Aquestes sentències circumscriuen l'audiència prèvia del delegat sindical a l'acomiadament disciplinari. En concret la sentència del 1995 diu "El precepte legal que estableix l'audiència prèvia del delegat sindical en aquells casos on el treballador afiliat ha estat acomiadat o sancionat, troba la seua raó de ser en la conveniència que els treballadors sindicats tinguen una protecció reforçada front el poder disciplinari de l'empresari, ja que poden ser més vulnerables als abusos. La defensa sindical preventiva dels treballadors afiliats front la facultat de sancionar no ha de fer referència a altres acomiadaments que no siguin disciplinaris".

³⁹⁶ STS, 23 de maig de 1995, Ar 5897, 16 octubre de 2001, Ar 3073.

seu contracte, ni precisaran els llocs de treball que quedaran afectats per l'acomiadament.

No obstant, la concreció d'aquestes qüestions es pot realitzar en un moment posterior o una vegada homologat l'acord³⁹⁷. Efectivament, sota aquestes circumstàncies, la resolució administrativa no autoritzaria l'acomiadament de persones concretes, sinó que permetria només l'acomiadament d'un número de treballadors que haurien de ser seleccionats per l'empresa d'acord amb els requisits fixats en el mateix expedient. A més, la selecció per part de l'empresa es realitza després de la resolució administrativa i conseqüentment fora del control de l'Administració. Precisament aquesta situació pot fer que aquest siga un bon moment perquè l'empresari efectue l'audiència al delegat sindical.

Mitjançant aquesta consulta, l'empresari i el delegat sindical podran concretar aquell acord i precisar els llocs de treball que finalment quedaran afectats per l'acomiadament i els treballadors concrets que seran acomiadats. Però a més, en aquest moment, el delegat sindical podrà dur a terme una defensa dels treballadors afiliats al sindicat i defensar la seua permanència a l'empresa. En darrer lloc, celebrar l'audiència en aquest moment permetrà al delegat analitzar detalladament que la selecció de treballadors no és discriminatòria i per tant, que els criteris utilitzats s'ajusten a la constitució.

3.3) CENTRES DE TREBALL SENSE REPRESENTACIÓ COL·LECTIVA:

La falta de representació col·lectiva en l'empresa és una circumstància més estesa del que pot semblar. Les circumstàncies que poden donar lloc a aquesta anòmala situació tenen una naturalesa diferent. Pot ocórrer, com han apuntat alguns, que ningú haja promogut les eleccions, que els representants dels treballadors hagen dimitit o els seus mandats hagen estat revocats³⁹⁸. Però a més, hem de recordar que les empreses amb una plantilla entre sis i deu treballadors no tenen l'obligació de triar delegat de personal, art 62.1 ET.

El problema pot tenir una envergadura major, en la mesura que aquesta situació es manifesta generalment en les petites i mitjanes empreses, i aquestes tenen una presència important en el nostre teixit econòmic. Dit açò, allò més adequat haguera estat que el nostre ordenament jurídic hagués donat una resposta satisfactòria a aquesta situació. Però, malgrat que existiren alguns intents en aquest sentit³⁹⁹, en realitat ni l'ET ni el RD 43/1996 han donat una resposta a aquest problema.

³⁹⁷ Precisament aquesta situació ha plantejat prou conflictes principalment a l'hora de determinar qui és competent per a conèixer aquestes qüestions: En aquests casos, els tribunals contenciosos administratius, només són competents en aquelles qüestions tractades en la resolució administrativa. Quan aquesta no inclou la llista d'afectats, tota qüestió relacionada amb la determinació dels concrets treballadors passarà a ser competència de l'ordre social: STS, 12 de novembre de 1999, (J1052), IL, 1999. STS 26 abril de 2002, AL, (1066), 2002, n°34.

³⁹⁸ MORENO GENÉ, J, ROMERO BURILLO, AM, "La participación de los trabajadores en el procedimiento de despidos colectivos en empresas que carecen de órganos de representación" en D.A, MARTÍNEZ ABASCAL, V, "Problemas aplicativos del despido en las reformas laborales de 1994 y 1997", Madrid, ed. Ibidem, 1998, pàg. 61.

³⁹⁹ MORENO GENÉ, J, ROMERO BURILLO, AM, "La participación de los trabajadores en el procedimiento de despido colectivo en empresas que carecen de representación colectiva", en D.A" Problemas aplicativos del despido en las reformas laborales de 1994 y 1997", op.cit, pàg. 66. Aquests autors apunten que durant la tramitació parlamentària de la Llei 11/1994 foren rebutjades diverses

En principi, sembla que si se celebren eleccions per triar els representants dels treballadors, els representants triats serien aquells que haurien de negociar l'expedient. Però aquesta mesura no té massa possibilitats d'èxit i això ens obliga a buscar noves alternatives. Així és, aquesta possibilitat va acompanyada d'algunes dificultats pràctiques, perquè les eleccions es realitzen mitjançant un procediment que pot prolongar-se massa temps i com sabem, el procediment de regulació d'ocupació pretén una solució ràpida i negociada.

Davant aquestes dificultats, la doctrina ha formulat diferents alternatives que pretenen esmenar l'omissió legal. Alguns⁴⁰⁰ fan referència a la possibilitat de pactar per conveni sectorial que en aquelles empreses que no tenen representació col·lectiva siguin els membres de la Comissió Paritària els que negociarem amb l'empresari. És una possibilitat, però depèn de l'autonomia col·lectiva. Altres han plantejat la possibilitat d'eludir la consulta quan no existeix representació col·lectiva a l'empresa⁴⁰¹.

Altres defenen que davant aquesta complicada situació, les negociacions es deurien realitzar directament amb els treballadors del centre afectat. El dubte sorgeix a l'hora de concretar amb quins treballadors i com s'haurien de desenvolupar les consultes. En aquest sentit, alguns autors⁴⁰² consideren que en aquests supòsits podríem aplicar la doctrina del T.S. Així doncs, les consultes han de realitzar-se amb la totalitat dels treballadors de l'empresa. Aquests podrien constituir una representació ad hoc que centralitzi i agiliti el procediment. hauran de negociar directament amb els treballadors. Segons ens expliquen, no sembla molt correcta l'opció d'eliminar el període de consultes quan no existeix representació col·lectiva, perquè això significaria eliminar la fase del procediment que més beneficis pot reportar als treballadors, perquè mitjançant les negociacions accedeixen a tota la documentació i debaten les propostes⁴⁰³.

En qualsevol cas, allò que sí que sembla prou raonable és descartar la possibilitat que la negociació la realitzen individualment els treballadors possiblement afectats. La raó és senzilla, en aquests supòsits l'acord pot ser manifestament injust perquè dona cabuda als interessos particulars. A més, mitjançant aquest tipus de negociacions no estaríem defenent l'interès col·lectiu dels treballadors, més aviat estaríem defenent tot el

esmenes formulades pel grup mixt (UV) que pretenien que els treballadors, quan no existia representació col·lectiva, pogueren triar una comissió que realitzaria les funcions dels representants. Al·legaven que en una qüestió tan important com un acomiadament col·lectiu, no podíem acceptar que els treballadors no pogueren protegir-se.

⁴⁰⁰ SALA FRANCO, T, ALFONSO MELLADO, C.L, PEDRAJAS MORENO, A, "Los acuerdos o pactos de empresa", op.cit, pàg. 53.

⁴⁰¹ GOERLICH PESET, J.M, "Los despidos colectivos", en D.A, "Comentarios a las leyes laborales", op.cit, pàg. 144: Estima que quan no existeix representació dels treballadors no cal seguir el període de consultes. En un mateix sentit: NORES TORRES, LE, "El período de consultas en la reorganización productiva empresarial", op.cit, pàg.201. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN; "Procedimientos de regulación de empleo en los despidos colectivos", en D.A, "El régimen del despido tras la reforma laboral", op.cit, pàg. 295. Es pronuncia en un mateix sentit que els autors anteriors, però admet que podríem aplicar per analogia el nou incís de l'art 87.1 segon paràgraf ET.

⁴⁰² MONEREO PÉREZ, J.L, FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A, "El despido colectivo en el derecho español", op.cit, pàg. 168. NAVARRO NIETO, F, "Los despidos colectivos", op.cit, pàg. 141. ALBIOL MONTESINOS, I, "regulación de plantillas laborales y despidos colectivos: práctica judicial (I)", op.cit, pàg. 127

⁴⁰³ SERRANO GARCÍA, JMª, "El plan social en los despidos colectivos", op.cit, pàg. 193. : MOLERO MANGLANO, C, "Los expedientes de regulación de empleo y sus problemas básicos (II)", op.cit, pàg. 554.

contrari. Tant és així, que l'acord signat de forma individualitzada amb els treballadors no gaudeix de la mateixa naturalesa jurídica que l'acord previst en l'art 51.4 ET. En aquest sentit, alguns estimen que l'acord signat de forma individualitzada amb els treballadors l'hem de considerar un acte de voluntat expressa, una manifestació del lliure exercici del principi d'autonomia en el negoci jurídic (exercici individual dels drets que deriven del contracte de treball i que es consagren en l'art 1255 del CC)⁴⁰⁴.

Però a més, la possibilitat de consultar només els treballadors probablement afectats per l'expedient no és massa viable pels riscos que comporta. Hem de tenir en compte que l'acord adoptat no té perquè concretar als treballadors acomiadats, aquesta concreció es pot realitzar en un moment posterior, és a dir, el llistat de possibles afectats pot variar al llarg del procediment. Aquesta realitat pot provocar que acomiaden treballadors que no han estat consultats.

Per tal d'evitar aquestes situacions, allò més raonable és negociar amb tots els treballadors del centre afectat que no compta amb representació col·lectiva. Per altra banda, aquesta està reconeguda en algun conveni col·lectiu⁴⁰⁵. També és factible que els treballadors trien una representació "ad hoc" destinada a defensar els interessos dels treballadors afectats per l'expedient. En realitat, qualsevol d'aquestes dues possibilitats es troba justificada. Certament, no sembla lògic que davant una mesura d'aquesta envergadura deixem aquests treballadors sense possibilitats de defensar els seus interessos i els neguem la possibilitat de participar en les consultes. Això sí, tant en un cas com en l'altre i per tal que l'acord responga als interessos col·lectius dels treballadors, aquest haurà de ser adoptat per unanimitat⁴⁰⁶.

Algun autor⁴⁰⁷ proposa que els treballadors trien una comissió que seria l'encarregada de negociar. Segons afirma, seria suficient amb l'elecció en assemblea d'un o més representants. L'elecció es realitzaria a través de sufragi personal, directe, lliure i secret (art 69 y 80 ET). Podrien ser electors tots els treballadors de l'empresa i podrien ser escollits aquells que compleixen amb els requisits previstos en l'art 69.2. No seria necessari promoure eleccions i seria suficient amb un eventual acord majoritari en assemblea.

En qualsevol cas, les darreres solucions comentades anteriorment són les que millor responen al problema plantejat. No obstant això, la possibilitat que els treballadors trien una representació "ad hoc" per raons obvies compta amb majors

⁴⁰⁴ SERRANO GARCÍA, J. M^a, "El plan social en los despidos colectivos", op.cit, pàg. 194.

⁴⁰⁵ Conveni col·lectiu del sector d'Empreses Navileres, Consignatàries de Bucs i Estibadores de València. Conveni citat anteriorment. L'art 41 preveu que en cas de realitzar extincions o suspensions col·lectives, les empreses facilitaran als representants legals dels treballadors i en el seu defecte als afectats, la documentació sobre la situació de l'empresa. A continuació, el precepte diu "Els representants dels treballadors i en el seu defecte el mateix personal afectat, podran utilitzar durant les reunions del període de consultes, els serveis d'assessorament del sindicat". Aquestes previsions possibiliten als treballadors a participar directament en les negociacions, quan no existeix representació col·lectiva en l'empresa. En un mateix sentit: CC de la indústria del pa de Ciutat Reial, BOP 16 d'abril del 2004, art 8: L'empresa haurà de comunicar la decisió de procedir a un acomiadament col·lectiu als representants dels treballadors amb una antelació de trenta dies, i en el seu defecte als treballadors amb la documentació.

⁴⁰⁶ En un mateix sentit es pronuncia: MORENO GENÉ, J, ROMERO BURILLO, AM, "La participación de los trabajadores en el procedimiento de despido colectivo en empresas que carecen de órganos de representación", op.cit, pàg. 65.

⁴⁰⁷ ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A, "Los acuerdos de reestructuración en empresas sin representantes unitarios de los trabajadores", Temas Laborales, 2002, n°67, pàg. 126.

avantatges pràctics i a més, podria comptar amb un recolzament legal: l'art 4 RD 43/1996. Realment existeixen alguns dubtes relatius a l'abast de l'art 4 del RD 43/1996, perquè no està massa clar si la representació ad hoc prevista en l'esmentat precepte pot intervenir en la fase de consultes i subscriure acords o per contra, la seua participació es limitaria als tràmits amb l'Administració, en concret al tràmit d'audiència, art 10 RD 43/1996⁴⁰⁸.

En qualsevol cas, l'art 4 del RD 43/1996 avala la participació dels treballadors en l'expedient encara que com hem vist no delimita els termes de la seua participació. La intervenció dels treballadors en les consultes es trobaria avalada també per altre precepte legal: l'art 31 de la Llei 30/1992. No podem oblidar que l'esmentat article els reconeix com a part interessada en el procediment, malgrat la peculiaritat recollida en l'art 3 del RD 43/1996.

El principal inconvenient que presenta la participació dels treballadors durant les consultes el constitueix les dificultats que genera la participació d'una pluralitat de subjectes a l'hora d'assolir un acord. Si ja ha de ser complicat arribar a ell quan intervien diferents comitès per les diferents valoracions que poden fer de les mesures proposades, aquestes dificultats augmenten quan a més d'ells, han de participar els treballadors d'aquells centres que no compten amb representació col·lectiva.

Altres han defès que davant la falta de representació col·lectiva a l'empresa, apliquem analògicament la previsió recollida en l'art 87.1 segon paràgraf ET⁴⁰⁹. Aquells que es decanten per aquesta possibilitat argumenten que la reforma del 1994 configurarà el període de consultes com una vertadera negociació col·lectiva, de tal forma que aproximà les regles de legitimació per a signar els acords sobre la reorganització empresarial a les regles recollides per a signar convenis. La solució que aporta aquest precepte consisteix en el fet que els treballadors a través d'una assemblea, designen d'acord amb els requisits de l'art 80 ET, les representacions sindicals amb implantació en aquell àmbit a efectes de participar en les consultes.

Al marge d'aquestes aportacions doctrinals que tracten de solucionar el silenci legal, no podem oblidar el contingut de la Directiva 98/59 sobre acomiadaments

⁴⁰⁸ NORES TORRES, LE, "El desarrollo reglamentario de l'art 51 ET: El procedimiento de regulación de empleo en el RD 43/1996", op.cit, pàg. 357: amb alguns dubtes entén que allò que permet l'art 4 del RD a l'esmentada comissió és participar en el procediment administratiu, perquè l'objectiu principal del precepte és permetre la participació d'aquesta especial representació en el tràmit d'audiència als interessats. Ara bé, això no els legitima per a intervenir en el període de consultes i subscriure acords. En un mateix sentit: SERRANO GARCÍA, J M^a, "El plan social en los despidos colectivos", op.cit, pàg. 192: Considera que la representació "ad hoc" només està legitimada per a actuar davant l'Administració, perquè l'art 8 estima que les parts interessades són els representants dels treballadors. En segon lloc, argumenta que els representants legals dels treballadors protegeixen l'interès col·lectiu i evita que signen acords abusius i és per això que gaudeixen d'unes garanties que empara la seua activitat representativa.

⁴⁰⁹ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I, "Procedimientos de regulación de empleo", en D.A, "Reforma de la legislación laboral", op.cit, pàg. 393: considera que quan no existeix representació col·lectiva hauria de desaparèixer la fase de consulta. No obstant això, no descarta la possibilitat d'aplicar el segon paràgraf de l'art 87.1 ET. MORENO GENÉ, J, ROMERO BURILLO, A M^a, "La participación de los trabajadores en el procedimiento de despidos colectivos en empresas que carecen de órganos de representación", op.cit, pàg. 68 i 70. Aquests autors plantegen aquesta possibilitat, malgrat que no es decanten expressament per ella. No obstant això, estimen que s'ha de mantenir l'exigència d'un període de consultes per poder permetre que representen l'interès col·lectiu. La forma més àgil de desenvolupar les consultes consistiria a crear una comissió a través de qualsevol dels diferents mecanismes.

col·lectius. Aquesta norma buscava entre altres objectius, reforçar la protecció dels treballadors davant un acomiadament col·lectiu. Difícilment quedaran protegits els drets d'informació i consulta d'aquests treballadors si els neguem la possibilitat de participar en la negociació d'unes mesures que afectaran els seus interessos individuals i col·lectius.

És cert que la Directiva tampoc aporta una solució quan en els centres afectats no existeix representació col·lectiva, però la finalitat de la norma ens obligaria a realitzar una interpretació extensiva del seu contingut. Podrem dir inclús que la Directiva 98/59 preveu, com a norma general, que la consulta es realitzi amb els seus representants dels treballadors, però no nega la possibilitat que les "negociacions" puguin ser realitzades amb els treballadors, art 6. En aquest sentit, podríem dir que la supressió de les consultes seria contrària a la finalitat de la Directiva, perquè aquesta vol permetre la participació dels treballadors davant les decisions empresarials que poden ocasionar un conflicte important o que poden afectar els seus interessos.

A més, si eliminarem les consultes per falta de representació dels treballadors, estaríem impeding que els treballadors pogueren proposar mesures destinades a reduir l'abast de la reestructuració o les conseqüències més negatives dels acomiadaments. En definitiva, en aquestes circumstàncies, la reestructuració empresarial es realitzaria com la va planificar inicialment l'empresari, és a dir, de forma unilateral, i es duria a terme sense escoltar les propostes dels treballadors i sense intentar negociar altres mesures menys dràstiques.

Per altra banda, també cal recordar que la normativa comunitària i alguns pronunciaments del TJCE⁴¹⁰ neguen la possibilitat que la consulta davant un acomiadament col·lectiu pugui ser suprimida. És més, des de les instàncies comunitàries han posat en relleu la necessitat d'articular i assegurar els mecanismes necessaris perquè es pugui complir amb l'obligació empresarial d'informar als treballadors sobre aquestes qüestions. Conseqüentment, si no existeix representació col·lectiva en un concret centre de treball, aquesta obligació empresarial s'haurà de complir amb els treballadors directament o amb una representació triada per ells⁴¹¹.

Aquesta reflexió sobre la necessitat d'assegurar la informació i la consulta amb els treballadors davant un acomiadament col·lectiu no és nova. El TJCE⁴¹² ha fet

⁴¹⁰ STJCE, 8 de juny de 1994, Afer: 383/1992, comissió contra Regne Unit.

⁴¹¹ STS, 15 de març de 2002, Ar 5046: El període de consultes pot concloure amb acord entre les parts, però aquestes han de ser els representants dels treballadors i l'autoritat laboral, perquè és amb ells amb els quals té lloc el període de consultes. Resulta evident que el període de consultes i l'eventual acord s'han de produir amb els representants dels treballadors de cada centre de treball afectat, i en el seu defecte amb els treballadors directament. STSJ Astúries, 2 de maig de 1997, Ar 1564: La sol·licitud d'autorització per a poder extingir els contractes no és directa, exigeix un període previ de converses amb els representants dels treballadors, unes converses que en aquest cas s'han produït directament amb la plantilla. Durant les converses amb ella, aquesta exerceix un vertader poder dispositiu sobre la sort, direcció, duració i també sobre el seu resultat final, que s'imposa sobre l'autoritat laboral en cas d'aconseguir un acord.

⁴¹² STJCE, 8 de juny de 1994, Afer: 383/1992, Comissió contra Regne Unit. La comissió plantejà un recurs contra aquest Estat, perquè la legislació britànica no garanteix la informació i la consulta amb els representants dels treballadors en tots els casos previstos en la Directiva. El dret britànic no preveu la designació de representants dels treballadors quan l'empresari es nega a reconèixer-los. Sobre aquesta qüestió, el TJCE afirmà que una normativa nacional que permet obstaculitzar la protecció garantida de manera incondicional als treballadors per una Directiva, és contrària al Dret Comunitari. En un mateix sentit: STJCE, 6 de juliol de 1982. Comissió contra Regne Unit.

algunes observacions importants sobre aquests extrems. És cert que la normativa comunitària no concreta qui ha de ser representant dels treballadors, art 1.b Directiva 98/59, ara bé, el TJCE manté que això no significa que la Directiva establezca una remissió genèrica a la normativa nacional sobre la designació dels representants dels treballadors, perquè això significaria permetre als Estats determinar en quins casos poden ser informats i consultats els representants dels treballadors, quan en realitat aquesta obligació s'ha de complir sempre que tramitem un acomiadament col·lectiu.

Allò que pretén la Directiva és tot el contrari, més aviat obliga els Estats a adoptar totes les mesures necessàries perquè els treballadors puguin ser informats, consultats i puguin intervenir a través dels seus representants davant un acomiadament col·lectiu. El TJCE considera que únicament assegurant la participació dels representants dels treballadors en el procediment podem garantir el compliment de l'obligació de consulta, informació i el dret a presentar observacions a l'autoritat competent.

El conjunt d'arguments exposats fins ara, fan possible que els treballadors dels centres afectats per l'acomiadament, quan no compten amb representació col·lectiva, puguin participar en les consultes. Aquesta és la interpretació més coherent amb la normativa comunitària i la interna.

4) DURACIÓ DEL PERÍODE DE CONSULTES I REGLES DE FUNCIONAMENT:

El període de consultes i negociació amb els representants legals dels treballadors haurà de tenir una duració no inferior a trenta dies naturals o quinze, quan l'empresa té menys de cinquanta treballadors, art 8 RD 43/1996 i 51.4 ET. És a dir, que aquestes tindran un caràcter mínim, amb la qual cosa les parts podran acordar ampliar-lo o prorrogar-lo si consideren que és convenient per poder desenvolupar correctament les negociacions. Per altra banda, el "dies a quo" del termini serà el de la comunicació d'inici del període de consultes amb els representants dels treballadors⁴¹³.

Cal tenir en compte que les matèries i els documents que s'han de debatre tenen una naturalesa prou complexa i en ocasions, serà aconsellable ampliar els terminis per poder analitzar aquestes qüestions correctament i sobretot, per tal de poder aproximar les posicions de les parts en vistes a assolir un acord. Aquesta ampliació pot estar justificada si tenim en compte que, a diferència d'allò previst en l'art 20.2 de la Recomanació n°166 OIT, el legislador no concedeix als representants dels treballadors un període previ a les consultes per poder analitzar la documentació i la proposta empresarial. No obstant això, hi ha convenis col·lectius que reconeixen aquella possibilitat i si no ho fan, amplien els terminis de les negociacions⁴¹⁴.

⁴¹³ NORES TORRES, L.E, "El período de consultas en la reorganización productiva empresarial", op.cit, pàg. 186. Segurament els terminis de duració de les consultes transcorreran des del moment inicial, però si l'autoritat laboral obri el tràmit per a esmenar els defectes, serà necessari tornar a iniciar el còmput a partir del moment en què l'empresari esmene els defectes formals. Així doncs, el dies a quo coincidirán amb el moment en què es produeix la "plenitud informativa", i això pot ocórrer inicialment, en el moment de la comunicació d'inici, però també en un moment posterior, és a dir, després d'esmenar els errors.

⁴¹⁴ C.C de les empreses majoristes i importadores de productes químics industrials i de drogueria i perfumeria, BOE, n°134, 5 de juny de 2002, AL, legislación y Convenios Colectivos, 2002, (E-163). Art 30: Les empreses que necessiten presentar un expedient de regulació d'ocupació es comprometen a posar a disposició dels representants dels treballadors, amb una antelació mínima de vint i cinc dies, un

En aquest sentit, tots els esforços i propostes que faciliten aquest objectiu han de ser acollits de bon grat. Per altra banda, tenint en compte el caràcter mínim que té el període de consultes, cap deduir que les parts hauran d'exhaurir aquest temps i no podran finalitzar les consultes abans del termini mínim, excepte quan aquestes assoliquen un acord abans dels trenta o quinze dies que ha de durar aquesta fase⁴¹⁵, 8 RD 43/1996.

Per altra banda, el període de consultes com qualsevol altre tipus de negociació, haurà de seguir unes regles i uns principis. En aquest sentit, la transposició al nostre ordenament intern de les Directives comunitàries ajudaren a precisar aquesta fase del procediment. En les Directives 75/129 i 92/56/CE que posteriorment van ser codificades en la Directiva 98/59 es diu que les consultes versaran, com a mínim, sobre les possibilitats d'evitar o reduir els acomiadaments i atenuar les seues conseqüències a través de mesures socials.

Per la seua part, la normativa internacional es pronunciava en un sentit similar en el Conveni n°158, art 13.1.b. D'altra banda, la Recomanació n°166 aconsella que totes les parts haurien de tractar d'evitar o limitar la finalització de la relació de treball i tractar d'atenuar les conseqüències adverses. Més concretament, recomana l'inici d'un consultes en les quals hauríem de abordar la introducció dels canvis a l'empresa, les seues repercussions i les mesures per prevenir o atenuar les seues conseqüències.

Recollint allò dit en les normes comunitàries i internacionals, la reforma de 1994 va millorar i va diversificar el tipus de documentació que cal subministrar als representants dels treballadors i a més va precisar la finalitat, les regles i l'objectiu de les consultes. Conforme amb aquestes previsions, el legislador obliga les parts a negociar de bona fe sobre: el contingut de la causa, el número de treballadors, els criteris de selecció, les formes d'evitar o reduir els acomiadaments. I quan l'empresa té més de cinquanta treballadors, l'empresari haurà de presentar i les parts negociar el contingut del pla social. Aquest serà el moment on els representants dels treballadors puguen exposar els seus plantejaments i presentar les seues propostes. És cert, que no existeix una obligació explícita de negociar, però és una obligació que està subjacent en l'art 8 del RD 43/1996⁴¹⁶.

exemplar complet de l'expedient. En altres casos, l'empresa ha de comunicar als representants dels treballadors la decisió d'acudir a l'expedient de regulació d'ocupació amb una antelació determinada, i ho ha de fer abans de sol·licitar autorització a l'Administració: CC de manipulats, d'envasats, i de comerç de fruits secs de Ciutat Reial, BOCR, 19 octubre 2001, n°125, art 14. C.C comerç tèxtil de Ciutat Reial, BOCR, 16 de juliol de 2004, n°85, art 10: exigeixen que l'empresa comunique la decisió d'acudir a un acomiadament col·lectiu amb una antelació mínima de trenta dies. La decisió de procedir a un acomiadament col·lectiu haurà de ser comunicada als representants dels treballadors, amb una antelació de trenta dies: CC de la indústria del pa de Ciutat Reial, BOP 16 d'abril de 2004, art 8.

⁴¹⁵ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I, "Procedimientos de regulación de empleo", en D.A, "La reforma de la legislación laboral", op.cit, pàg. 387: El període de discussió no es pot concloure ni per fracàs, ni per decisió unilateral d'una de les parts amb anterioritat al transcurs del termini mínim. GOERLICH PESET, J.M, "El despido colectivo", en D.A, "comentarios a las leyes laborales", op.cit, pàg. 144: es pronuncia en un mateix sentit que l'autor anterior i considera que amb la nova redacció es supera una tendència que provenia de la jurisprudència la qual permetia clausurar anticipadament aquestes, quan una de les parts estimava que no era possible assolir un acord.

⁴¹⁶ ALBIOL MONTESINOS, I, "Comités de empresa y delegados de personal", op.cit, pàg. 121. El període de discussió i consultes està dirigit a obtenir un resultat positiu o negatiu. Per això, i encara que

Així doncs, aquest precepte enfoca el període de consultes com una negociació que té com a objectiu, en principi, assolir un acord en matèria de reestructuració empresarial. És possible que el legislador quan va abordar la reforma de 1994 tingués la voluntat d'aproximar la regulació del període de consultes a la referida en matèria de convenis col·lectius d'empresa. Conseqüentment, no és estrany que alguns defenguen que en aquests supòsits, tal vegada han de regir les regles existents a l'hora de signar un conveni col·lectiu d'empresa⁴¹⁷. Per tant, com qualsevol negociació, els seus interlocutors han de respectar unes regles mínimes destinades a garantir el bon funcionament de les consultes, una qüestió que analitzarem seguidament.

No obstant això, la present regulació sobre el període de consultes no només té avantatges, també ha rebut algunes crítiques. Així doncs, tal vegada per la complexitat del seu funcionament i pels temes que han de ser analitzats, no haguera estat de més que el legislador haguera establert una mena de cronologia de les reunions o haguera explicitat la possibilitat que els representants dels treballadors acudirien a tècnics durant les negociacions. Aquesta omisió no s'entén massa bé, perquè la Directiva 98/59 sí que recull aquesta darrera possibilitat. En qualsevol cas, l'assessorament per part d'especialistes durant les consultes es troba plenament justificada per la naturalesa dels documents que les parts han de debatre. Certament, l'anàlisi del seu contingut pot exigir uns coneixements específics que no tenen les parts. En aquest sentit, els representants dels treballadors no tenen perquè saber de comptabilitat, finances, ni tenen l'obligació de saber analitzar de determinada forma la documentació econòmica.

De totes formes, a la pràctica aquesta possibilitat no té perquè plantejar problemes. En primer lloc, perquè la normativa comunitària sí que recull aquesta previsió i no sembla massa lògic que la regulació interna limite aquella possibilitat introduint una regulació més restringida. En aquest sentit, les directives comunitàries i en concret la Directiva 98/59 reconeixen que la informació, consulta i participació dels treballadors ha de realitzar-se de forma adequada. A més, reconeix la conveniència que els representants dels treballadors a causa de la complexitat tècnica dels temes puguin acudir a experts. Però a més, no sembla lògic impedir aquest recurs, perquè el legislador reconeix aquella possibilitat en supòsits de diferent naturalesa: durant les negociacions d'un conveni col·lectiu i durant la preparació de la demanda.

Així doncs, en relació amb la negociació de convenis col·lectius, l'ET autoritza la intervenció d'assessors i permet la seua participació en les deliberacions amb veu però sense vot, art 88.2 ET. Respecte al segon supòsit, l'art 77 LLPL permet que examinem la documentació de l'empresa per poder preparar la demanda, i quan es tracte de documentació comptable podem estar assessorats per un expert. En darrer lloc, la norma convencional ha tractat de superar aquesta omisió i són diversos els convenis col·lectius que regulen clàusules en aquest sentit⁴¹⁸.

no estiga expressament prevista una obligació de negociar no és suficient amb iniciar aquell període, cal desenvolupar-lo

⁴¹⁷ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I, "Procedimientos de regulación de empleo", en D.A, "Reforma de la legislación laboral", op.cit, pàg. 391 i 393: Les anomenades consultes són negociació col·lectiva. Precisament per això, han de regir en principi les mateixes regles que regeixen a l'hora de realitzar convenis col·lectius. També és cert, que aquella identitat no és incompatible amb una diferència existent normalment entre la negociació d'un conveni d'empresa i un expedient de regulació d'ocupació.

⁴¹⁸ C.C provincial per al sector de la siderometalurgia de Valladolid, BOV, 21 de setembre de 2004, n°218, art 34: Prèvia autorització de l'empresa, els assessors de les centrals sindicals amb implantació

Pel que fa a la cronologia de les reunions, també hem de destacar negativament que el legislador no haja incidit en la numeració i cronologia de les reunions que configuren el període de consultes⁴¹⁹. Certament, la planificació d'aquestes qüestions pot facilitar el correcte desenvolupament de les consultes. No està de més que les parts perfilen com es van a realitzar les negociacions, quan hauran de debatre el “pla de viabilitat, “el projecte d’acompanyament social” i quan la “proposta d’acomiadament”. Per tant, podrien fixar les dates per poder presentar propostes i altres per poder debatre-les i concretar els moments en què han d’intervenir les parts. A més, tampoc resulta tan estrany que les parts regulen un itinerari de les negociacions, ja que el legislador recull aquesta previsió quan negociem un conveni col·lectiu i permet a les parts que acorden un calendari o pla de negociació, art 89.2 ET.

4.1) EL PRINCIPI DE BONA FE DURANT LES CONSULTES:

Com qualsevol altra negociació, les consultes entre l’empresari i els representants dels treballadors es regiran pel *principi de bona fe*. Sembla que aquesta és l’única regla sobre el funcionament de les consultes recollida en l’ET i en el reglament art 51 ET i 8.1 ED 43/1996. Tanmateix, i malgrat que cap d’aquelles normes es refereixen a ell, si defenem que les consultes són realment una negociació a nivell d’empresa sobre la reestructuració, podríem dir que també és regeixen pel principi d’autonomia col·lectiva. És a dir, per la capacitat reconeguda a ambdues parts per tal de regular les condicions laborals en un àmbit corresponent, i la prova d’això és precisament que les parts gaudiran d’uns certs marges de llibertat a l’hora de proposar i debatre diferents tipus de mesures que aniran més enllà de les extincions i que podran afectar les condicions laborals dels treballadors que finalment romandran a l’empresa: trasllats, modificacions funcionals, reducció hores extraordinàries o suspensions de contractes de treball.

Però en qualsevol cas, l’art 51 ET i el RD 43/1996 només preveuen que les consultes es regiran pel principi de bona fe. En relació amb ell, podem començar dient que el deure de bona fe, com a deure legal i principi general del dret, es predica tant de l’empresari com dels representants dels treballadors⁴²⁰, i a través d’ell el legislador

mínima d’un 10% tindran accés a l’expedient amb la finalitat d’assessorar als delegats de personal o al comitè d’empresa davant un expedient de regulació d’ocupació. C.C Empreses navileres, consignatàries de bucs, i estibadors, BOP nº244, 14 octubre de 2002, Art 41: Els representants dels treballadors podran utilitzar durant les consultes els serveis dels assessors del sindicat. C.C empreses consignatàries de bucs i estibadors de Biscaia, BOB, 29 de gener de 2004, nº19, Art 36: Durant les negociacions, els representants dels treballadors podran utilitzar els serveis d’un coordinador sindical que podrà anar acompanyat d’uns assessors sindicals i tindran accés lliure a la veracitat dels fets. Durant el període de consultes, l’empresari haurà de fer els aclariments oportuns sobre la documentació aportada.

⁴¹⁹ NORES TORRES, L. E, “El desarrollo reglamentario del artículo 51 del ET: El procedimiento de regulación de empleo en el RD 43/1996, 19 de enero de 1996”, op.cit, pàg. 360.

⁴²⁰ STSJ, del País Basc, 5 de desembre de 1995, Ar 4752: Al nostre país, el legislador ha estimat oportú consagrar com a regla recollida en el nostre ordenament jurídic, que els titulars d’un dret l’exercisquen d’acord amb el principi de bona fe, art 7.1 CC. En un mateix sentit, consagra que els contractants, en les seues relacions, s’hauran d’ajustar a allò pactat. A més, hauran de respectar les conseqüències que es deriven d’aquell criteri, art 1258 CC. En el cas que el contracte siga de treball, les actuacions conforme el principi de bona fe es reforcen encara més, perquè l’han recollit com a deure jurídic que incumbeix l’empresari i el treballador a l’hora de satisfer la prestació. La bona fe a què fa referència el nostre ordenament jurídic no és subjectiva o psicològica del subjecte, més aviat és la que resulta de la seua consideració objectiva. És un criteri de valoració de conductes amb el qual han de complir-se les obligacions, i que es tradueix en directives equivalents a lleialtat, honorabilitat, i confiança. És un criteri

tracta de garantir un correcte desenvolupament de les consultes amb la finalitat d'impedir que convertim aquesta fase en un formalisme més i la reduïm a un simple intercanvi de documentació entre les parts.

El deure de bona fe es predica tant de l'empresari com dels representants dels treballadors, amb la qual cosa ambdues parts tindran l'obligació de realitzar una conducta lleial durant les negociacions de l'expedient de regulació⁴²¹. Però en el cas de l'empresari, aquest deure té un major abast, perquè comportarà el deure d'abstenir-se de determinades conductes i alhora, implicarà l'obligació de facilitar als representants dels treballadors tota la informació necessària sobre el projecte empresarial i sobre la situació de l'empresa. En canvi, els representants dels treballadors hauran de mantenir determinada diligència respecte a la informació rebuda durant les consultes.

Tanmateix, malgrat que el legislador reconeix que aquest principi ha de regir les negociacions de l'expedient, aquest no li ha donat contingut a aquest deure⁴²², ni ha determinat les conductes o comportaments que poden vulnerar aquell principi. Únicament preveu que les parts hauran de negociar de bona fe en vistes a arribar a un acord. Per tal d'esmenar l'omissió de l'ET i del RD 43/1996 a l'hora de donar contingut a aquest principi, alguns no han dubtat a defensar la possibilitat d'aplicar les previsions recollides sobre aquest deure en l'acord interconfederal sobre negociació col·lectiva, 7 abril de 1997⁴²³, unes directius que han incorporat els successius acords per a la negociació col·lectiva⁴²⁴. En ell, les parts signatàries han recollit un conjunt de directius destinades a configurar l'esmentat principi i alhora han plasmat algunes conductes que el poden vulnerar.

Tenint present aquelles previsions, hem d'entendre emmarcats dins de l'exercici del principi de bona fe els següents compromisos: el deure de negociar. Aquest deure suposa el compromís i l'acceptació efectiva d'iniciar el procés negociador i la voluntat d'evitar durant el seu desenvolupament: obstruccions, dilacions innecessàries, bloqueigs o ruptures de les negociacions. A efectes d'evitar aquestes situacions, l'esmentat acord estima que caldrà acordar períodes màxims de paralització de les negociacions i recollir el recurs als procediments extrajudicials de solució dels conflictes. Per altra banda, hem d'incloure també dins del principi de bona fe, el compromís de mantenir la negociació

que impedeix aquell actuar humà, en funció d'un interès exclusiu amb perduda del sentit de la utilitat comú. En un mateix sentit: STS, 22 de maig de 1986, (RJ 1986, 2609), STS, 14 de gener de 1985, (1985, 45), STS, 23 de desembre de 1991, (RJ 1991, 9476),

⁴²¹ STSJ Galícia de 26 de març de 1996, Ar 604. En relació amb les negociacions d'una modificació substancial de les condicions de treball. El tribunal entén que la bona fe no és exclusiva d'una de les parts, s'imposa tant a l'empresa com als treballadors, i més concretament ha de ser atribuïda a ambdues parts en el curs de les consultes.

⁴²² GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I, "Los procedimientos de regulación de empleo", en D.A., "Reforma de la legislación laboral", op.cit, pàg. 390: sobre aquesta qüestió, aquest autor considera que es criticable que es rebutgen les propostes que pretenien introduir l'obligació empresarial de respondre de forma motivada les propostes dels representants dels treballadors. Més encara quan la Llei 11/1994 si ha introduït aquella obligació en l'art 89.1 ET, i existeix un intent d'assimilar el període de consultes a la negociació col·lectiva *ex* títol III. En un mateix sentit: NORES TORRES, LE, "El período de consultas en la reorganización productiva empresarial", op.cit, pàg. 207.

⁴²³ NORES TORRES, LE, "El período de consultas en la reorganización productiva empresarial", op.cit, pàg. 208.

⁴²⁴ Acord interconfederal per a la negociació col·lectiva 2002, ANC-2002, l'ANC-2003, acord prorrogat per al 2004.

oberta fins al límit d'allò raonable i per altra part, el compromís de formular propostes i alternatives per escrit, apartat VIII de l'esmentat acord.

Sense perdre de vista les observacions recollides en aquell acord signat el 1997, podem extrapolar a les consultes sobre el projecte d'acomiadament col·lectiu, les apreciacions judicials⁴²⁵ que han fet els tribunals sobre el deure de bona fe a l'hora de negociar un conveni col·lectiu, art 89.1 ET. Aquest principi no implica que les parts tinguin l'obligació d'aconseguir un acord. Però sí que exigeix una predisposició d'aquestes per a negociar en vistes a aconseguir-lo⁴²⁶. Certament, el legislador no exigeix ni garanteix un pacte entre els interlocutors sobre la reestructuració empresarial, simplement garanteix que complim amb l'obligació de negociar.

De la mateixa forma, el deure de bona fe requereix que les parts adopten una postura coherent en les negociacions i que realitzen un esforç a l'hora d'aconseguir la conformitat entre elles⁴²⁷. Tant és així, que hauran de deixar constància de la seua posició en una o diverses actes, art 8 RD 43/1996. Aquesta darrera previsió pot arribar a ser més important del que sembla aparentment, perquè a través del seu anàlisi l'autoritat laboral podrà valorar el desenvolupament de les consultes i la conducta de les parts, i extreure a partir d'aquest moment les conseqüències oportunes. Conseqüentment, tant l'empresari com els representants dels treballadors hauran de realitzar tots els esforços necessaris per aconseguir un resultat. Dit açò, no podem considerar que existeix bona fe en la negociació o en la consulta, quan una d'elles té una conducta dilatòria o es dedica a obstaculitzar o impedir les negociacions o a ometre informació⁴²⁸.

Per raons obvies, el frau,⁴²⁹ el dol⁴²⁹, coacció⁴³⁰ o l'abús de dret en la conclusió de l'acord⁴³¹ són conductes que van en contra de la bona fe en la mesura que vicien el

⁴²⁵ STSJ Galícia, 26 de març de 1996, Ar 604, STSJ Catalunya, 26 de febrer de 1998, Ar 1493. STS de 3 de febrer de 1998, RJ 1428: Aquest deure exigeix a les parts ser conseqüents amb les seues pretensions

⁴²⁶ SAN, 18 de novembre de 1997, Ar 4279: La bona fe no és un element unilateral, és una conducta exigida a tots les parts negociadores. Tenen totes elles el dret a exigir a la part contrària una actuació lleial. Per tant, aquest deure no suposa l'obligació de signar un acord, només obliga a negociar de bona fe, però no assegura un resultat. STSJ Galícia de 26 de març de 1996, Ar 604: en relació amb la negociació d'una modificació substancial de les condicions de treball, entén el tribunal que s'ha respectat el principi de bona fe durant les consultes. Malgrat que les parts no han arribat a un acord, el tribunal considera complit el principi de bona fe, perquè l'ET no obliga que finalment les parts adopten un acord. A més, recorda el Tribunal que l'objecte de les negociacions havia estat objecte de infructuoses negociacions, prolongades i estèrils. En un mateix sentit: STSJ Catalunya, 23 de març de 1998, Ar 2314

⁴²⁷ STC 145/1999.

⁴²⁸ STSJ Catalunya, 23 de gener de 1995, Ar 294: La bona fe es caracteritza per la disposició personal a l'hora de realitzar el contingut propi de les prestacions voluntàriament assumides. Aquest principi exclou: l'engany i la finalitat d'alterar l'equilibri de la relació contractual, i la finalitat de crear una confiança propera al frau i la deslleialtat o infidelitat en el compliment de les obligacions i deures.

⁴²⁹ STS 15 de juliol de 1994, RJ 1994, 7157, i STSJ de Catalunya, 21 de novembre de 1995, Ar 4476: Consisteix el dol, com a vici de la voluntat en la formació del contracte, en la conducta voluntària i intencionada d'una part que provoca amb maquinacions insidioses que altra part signe un acord. De tal forma, que si no hagués mediat aquella conducta, no s'hagués produït. En definitiva, el dol implica que un dels contractants, conscientment, com es dedueix de l'art 1269 CC, pretén determinar la voluntat de l'altra part conforme allò que ell vol. De tal forma, que sense aquella conducta no s'hagués produït l'acord.

⁴³⁰ STSJ Catalunya, 21 de novembre de 1995, Ar 4476: La coacció o intimidació, art 1267 CC, requereix a efectes de provocar la nul·litat de l'acte jurídic, que una de les parts, fent ús d'un acte injust, exerceix sobre altre una intimidació o una força moral de tal intensitat, que per la imminència del dany que puga produir i pel perjudici que pot ocasionar és capaç d'influir sobre el seu ànim induint-lo a emetre una declaració de voluntat no desitjada i contrària als seus interessos.

consentiment d'una de les parts. Tant és així, que segurament el contingut de l'acord seria diferent de no haver-se produït determinada pressió o una conducta intencionadament maliciosa per una de les parts que va originar un acord en aquells termes. La conseqüència d'aquest comportament està previst en l'art 51.5 ET i 11 RD 43/1996. Segons aquest precepte, si l'autoritat laboral aprecia d'ofici o a instància de part, alguna d'aquestes circumstàncies suspendrà el termini per a dictar la resolució i remetrà l'acord a l'autoritat judicial a efectes de la seua possible declaració de nul·litat⁴³².

Així mateix, no només aquelles conductes que poden viciar el consentiment són contraries al deure de bona fe, també el rebuig sistemàtic de totes les propostes dels representants dels treballadors per part de l'empresari, sense que aquell comportament estiga justificat i motivat, podria ser contrari a aquest principi, ja que la bona fe obliga l'empresari a valorar qualsevol proposta raonable presentada pels representants dels treballadors. Certament, no podem exigir a l'empresari que realitze una proposta alternativa, però sí podem demanar que motive la seua negativa, amb la qual cosa posarà en relleu que està obert al diàleg i a la negociació.

El raonament és ben senzill, la negativa sistemàtica de l'empresari posaria en relleu un comportament maliciós dirigit a impedir el desenvolupament de les negociacions sense causa justificada, i impediria alhora que el projecte d'acomiadament col·lectiu pogués ser negociat amb els representants dels treballadors. Aquest comportament empresarial, a més de ser contrari al principi de bona fe, pot ser constitutiu d'una infracció greu tipificada en l'art 7.7 RDL 5/2000. Però és més, en el seu moment i a través de l'anàlisi de l'acord i les actes que han de ser enviades a l'autoritat laboral, aquesta el podria remetre a l'òrgan jurisdiccional perquè valorés la seua possible nul·litat, bé per entendre que el període de consultes no s'ha produït realment o bé perquè entén que les consultes han tingut un caràcter formal.

En relació amb aquesta qüestió, els Tribunals⁴³³ entenen que el període de consultes ha de realitzar-se sota una vertadera voluntat de diàleg i ha de procurar la

⁴³¹ STSJ de Catalunya, 21 de novembre de 1995, Ar 4476: El concepte abús de dret, art 7.2 CC, ha estat configurat per la jurisprudència a través de tres notes: A) ús d'un dret objectiu o externament legal. B) dany a un interès no protegit per una específica prerrogativa jurídica. C) Immoralitat d'aquell dany manifestada en forma subjectiva amb la intenció de perjudicar. Malgrat que l'abast de l'abús de dret sobre l'acord entre l'empresari i els representants dels treballadors, és més ampli que els vicis de dol i coacció, en la praxis judicial l'han considerat com un mecanisme per a obtenir el consentiment dels representants legals dels treballadors, o per tal d'evitar conveniència entre empresaris i representants dels treballadors en perjudici del principi d'estabilitat en l'ocupació.

⁴³² STS (III), 22 de setembre de 1999 (133), AL, 2000, n°4. El TS estima que els vicis indicats en l'art 51 ET, dol, coacció, o abús de dret, només poden ser determinants dels efectes prevists en l'art 51, quan es realitzen a l'hora de concloure l'acord, no quan siguin anterior a l'acte de conjugació de voluntats. No obstant això, no és menys cert que qualsevol conducta de les parts anterior a l'acord, però que siga determinant del mateix, té entitat pròpia per a determinar l'aplicació de la norma prevista en l'art 51.5 ET.

⁴³³ STSJ Catalunya, 28 de febrer de 1998, Ar 1493. STSJ de Catalunya, de 4 de març de 1996, AS 622. STSJ de Catalunya, 5 octubre de 1996, Ar 3911. No podem entendre que han complert amb les consultes si l'empresa es nega a aportar suficients dades o documents en el procés negociador, de forma que impedeixen als treballadors un adequat coneixement de les causes i l'abast de les mesures proposades, ja que sota aquestes circumstàncies, quedarien les consultes sense contingut real. El legislador ha volgut que les consultes entre ambdues parts tinguin un real contingut i no siguin un simple formalisme. És per això que si l'actitud de l'empresa consisteix a negar informació o a no exposar suficientment les raons que justifiquen les mesures, podríem entendre que les consultes no s'han desenvolupat adequadament amb les previsions legals.

consecució d'un acord i discutir de forma efectiva totes les circumstàncies que afecten la mesura proposada. Tant és així, que no podrem entendre complert el tràmit de consultes, si l'empresari no facilita la documentació necessària per a debatre aquestes qüestions. També és veritat que per poder analitzar si l'empresa ha complert adequadament amb el deure de negociar, caldrà examinar cada cas concret.

En qualsevol cas, el compliment adequat d'aquest deure dependrà també de les mesures proposades, de la seua complexitat, de les circumstàncies específiques per les quals passa l'empresa, del número de treballadors afectats, dels antecedents de l'empresa. Hem de tenir en compte, que en ocasions, no es podrà realitzar una negociació i discussió exhaustiva i minuciosa de totes les circumstàncies que rodegen les mesura proposada. En qualsevol cas, a l'hora de valorar si les consultes s'han realitzat adequadament caldrà tenir en compte aquests paràmetres.

4.2) EL DEURE D'INFORMAR I FACILITAR LA DOCUMENTACIÓ NECESSÀRIA I EL SIGIL PROFESSIONAL.

L'altra vessant del deure de negociar de bona fe implica el deure de facilitar tota la documentació necessària per poder realitzar una negociació sobre la proposta empresarial. En aquest sentit, en alguna resolució judicial⁴³⁴ es diu que: el comitè d'empresa té el dret a conèixer determinada informació sobre la situació econòmica de l'empresa. A més, assenyala el Tribunal que el deure de l'empresa de proporcionar aquella informació és una conseqüència del principi de bona fe que amb caràcter general informa les relacions laborals i de forma específica les negociacions. Dins de les consultes aquest deure implica que ambdues parts aporten els informes i la documentació necessària per arribar al resultat desitjat, sense perjudici del deure de sigil professional que ha de respectar el comitè d'empresa.

En matèria d'acomiadaments col·lectius, l'empresari té l'obligació d'informar als representants dels treballador sobre la motivació empresarial i les mesures encaminades a evitar o reduir els acomiadaments o els seus efectes. Tan important és aquest deure, com la mateixa consulta amb les parts interessades⁴³⁵. Per poder establir una negociació en una situació d'igualtat entre els subjectes que intervenen, per mantenir una posició respecte als problemes, fer una valoració correcta i real del desequilibri empresarial.

En definitiva, per poder valorar si és raonable o no el projecte d'acomiadament col·lectiu cal com a requisit imprescindible que ambdues parts puguen accedir a la mateixa informació i documentació sobre l'estat de l'empresa. Difícilment es pot debatre i negociar la proposta empresarial i fer propostes alternatives i eficaces, com

⁴³⁴ STCT, 5 juny de 1986, Ar 5306.

⁴³⁵ ELORZA GUERRERO, F, "Los acuerdos de empresa en el ET", op.cit. Pàg. 198. En relació amb aquesta qüestió, assenyala que el deure d'informació és una conseqüència del principi de bona fe. Un dels primer símptomes que denoten que no existeix una predisposició per a negociar i per tant existeix absència de bona fe, és manifesta en les reticències o negatives a facilitar determinada informació perquè una de les parts pugua participar en les negociacions. LUQUE PARRA, M, "Los límites jurídicos de los poderes empresariales en la relación laboral", Barcelona, ed. JMB. 1999, pàg. 370. La negociació durant el període de consultes s'ha de caracteritzar per la igualtat informativa entre treballadors i empresari sobre aquells aspectes que configuren "*el contingut substancial mínim*" i sobretot per tal que el resultat de les negociacions siguin conseqüència del *convenciment* i no del *venciment*.

exigeix tant la Directiva com l'ET, si els representants legals dels treballadors desconeixen l'estat real de l'empresa i no compten amb una documentació suficient.

En relació amb aquesta qüestió, algunes resolucions judicials⁴³⁶ entenen que el dol, coacció o abús de dret, són conductes que no circumscriuen la seua aplicació a l'acord de voluntats entre l'empresa i els representants dels treballadors que el signen, l'estenen també a la informació que aquests han de subministrar prèviament i a la relació durant el preceptiu període de consultes.

Conseqüentment, l'empresari haurà de facilitar als representants dels treballadors tota aquella documentació rellevant en relació amb la motivació empresarial i sobre les mesures destinades a evitar l'acomiadament. Això implica que la negativa empresarial a l'hora de facilitar la documentació haurà d'estar motivada, si no vol vulnerar el principi de bona fe. I en darrer lloc, l'empresari haurà de facilitar la mateixa documentació a l'Administració i als representants dels treballadors. És a dir, com a regla general, la valoració posterior del projecte d'acomiadament col·lectiu en via administrativa o judicial s'haurà de fonamentar en la documentació aportada durant el període de consultes. Tant és així, que una vegada finalitzada la consulta, les parts hauran de fer una ressenya de la documentació i dels informes examinats que inclouran en una acta final, art 8.2 RD 43/1996.

Com hem vist, l'exigència de facilitar la documentació necessària en relació amb el projecte d'acomiadament s'ha de predicar bàsicament de l'empresari. És a ell a qui correspon informar i facilitar la documentació pertinent referida a la seua proposta. A més, com hem vist, l'incompliment d'aquest deure pot suposar una violació del deure de bona fe que ha de regir les consultes, i això perquè mitjançant aquesta actitud impedeix el normal desenvolupament de les negociacions i impedeix que complim amb la finalitat de les consultes. Tant és així, que l'ocultació o omissió maliciosa de determinada informació o documentació relacionada amb les mesures incloses en el projecte d'acomiadament o sobre la situació de l'empresa comportarà les corresponents infraccions administratives, art 7.7 RDL 5/2000 4 agost. Però alhora, podria comportar en el seu moment, la nul·litat de l'acord per no haver complert adequadament les negociacions i haver-les convertit en un formalisme més, art 124 LLPL. La nul·litat es produiria per entendre que l'acord s'ha produït amb abús de dret, precisament perquè l'empresari ha ocultat o ha negat aquella informació⁴³⁷.

Si aquesta obligació és predicable de l'empresari, l'ET exigeix als representants dels treballadors el deure de mantenir el sigil professional sobre aquella informació i sobre la documentació facilitada per aquest als representants dels treballadors, art 65 ET. En concret, el deure de sigil s'estén a la informació que els representants dels

⁴³⁶ STSJ de Cantàbria, 16 de març de 1992 (AS 1992, 1320), STCT, 7 de febrer de 1989 (RTCT 1989, 1353), i STSJ de Catalunya, 21 novembre de 1995, Ar 4476: L'òrgan judicial estima que l'empresa ha realitzat defectes formals de caràcter greu i determinà de forma deliberada la voluntat dels treballadors a través de maquinacions enganyoses i mesures de pressió, entre les quals destaca el cobrament (condicionat a la signatura prèvia) dels salaris que els devien fins aleshores. De tal forma, que sense el dol en l'actuació i sense aquella actuació abusiva no haguera aconseguit l'acord. El tribunal estima acreditat que no va existir període de consultes amb els treballadors i tampoc facilitaren als treballadors la documentació acreditativa de la crisi. Així i tot, l'empresa va aconseguir la signatura de cadascú en distints moments i llocs i van condicionar la signatura.

⁴³⁷ SSTSJ Catalunya, 21 novembre de 1995, Ar 4476. 5 octubre de 1996, Ar 3911, 26 febrer de 1998, Ar 1493.

treballadors tenen en relació amb la situació econòmica de l'empresa i del sector i sobre els informes que han de realitzar respecte a les reestructuracions totals o parcials de l'empresa, art 64 ET. Aquestes matèries formarien el contingut mínim del deure de sigil, i això perquè el mateix article seguidament permet estendre aquest deure a altres matèries fixades per la direcció de l'empresa.

Certament, el deure de sigil professional no encaixa massa bé amb la finalitat d'aquests òrgans de representació col·lectiva, ja que la seua llavor consisteix a defensar i representar els interessos i drets dels treballadors a l'empresa. Tant és així, que el legislador reconeix expressament entre les seues competències, el dret a informar als treballadors sobre aquelles qüestions que poden incidir directa o indirectament sobre les relacions laborals, art 64.12 ET. Així doncs, com ha destacat la doctrina, el dret d'informació laboral es pot entendre com un dret de "doble direcció"⁴³⁸. En una vessant ascendent implica la facultat dels representants d'obtenir informació, inclou el dret a ser informats. I en una vessant descendent, implica el deure d'informar els representats. Per tant, els òrgans de representació col·lectiva tenen el deure d'informar els treballadors d'aquells temes i qüestions que repercuteixen en les relacions laborals.

Però com hem vist, el principi de bona fe no regeix únicament les relacions individuals entre els treballadors i l'empresari, també actua en el terreny col·lectiu i es predicable de la llavor representativa d'aquells que representen els interessos dels treballadors, per això els imposa uns deures de comportament. En una reestructuració empresarial, no podem oblidar que aquests compten amb una valuosa informació sobre l'empresa i això farà necessari marcar algunes limitacions en relació amb l'ús d'aquella informació, unes limitacions que es concreten en el deure de sigil professional.

Dit açò, cal definir el contingut d'aquest deure i les seues limitacions. Tradicionalment, la jurisprudència a través d'uns escassos pronunciaments sobre la matèria, ha identificat sigil professional amb el secret. En alguna ocasió el TS⁴³⁹ ha considerat que l'obligació de secret o sigil professional s'estén a les matèries assenyalades en l'art 64 ET i a aquelles indicades per la direcció de l'empresa. Certament, el TS no fa referència a dues obligacions: el deure de guardar secret i el deure de sigil. Tot el contrari, el Tribunal identifica ambdós comportaments. Tanmateix, el TS en aquella mateixa resolució fa referència a un segon tipus d'obligació. De tal forma, que recull dos deures en relació amb el comportament que han de seguir els representants dels treballadors en relació amb la informació. En concret, el TS considera que respecte a aquella informació remesa genèricament per l'empresa als representants dels treballadors i no subjecta expressament al deure de sigil, podrà ser utilitzada de forma raonable o diligent dins de l'empresa⁴⁴⁰.

Així doncs, el contingut de l'art 64.12 ET ens obliga a fer una interpretació més flexible del deure de sigil professional. Si no ho férem estaríem negant part de l'activitat

⁴³⁸ MONEREO PÈREZ, J.L., "Los derechos de información de los representantes de los trabajadores", Madrid, Civitas, 1992. pàg.100. BOZA PRO, G, "El deber de sigilo de los representantes de los trabajadores", València, Tirant lo Blanch, 1997, pàg. 251.

⁴³⁹ STS, 13 de desembre de 1989, Ar 9200,

⁴⁴⁰ BOZA PRO, G, "El deber de sigilo de los representantes de los trabajadores", op.cit, pàg. 235. El TS descompon l'art 65.2 ET en dues obligacions complementaries per als representants dels treballadors en matèria de drets d'informació. Un estricte deure de sigil, entès com un deure de secret per a uns supòsits molt concrets, i una obligació de discreció que exigeix dels representants dels treballadors un ús raonable i diligent.

i de les funcions dels òrgans de representació col·lectiva, ja que aquests han de representar i informar els seus representats en relació amb la informació d'interès. La conjugació dels dos articles, el 65 i el 64.12 ET, obliga a informar els representats, és a dir, als treballadors, sobre els temes recollits en l'art 64.1 ET, però especialment sobre aquells qüestions que directa o indirectament poden repercutir en les relacions laborals.

Evidentment, això no impedeix que exigim als representants dels treballadors un comportament determinat a l'hora de transmetre aquella informació als treballadors. Com no podia ser d'altra forma, aquests han de fer un bon ús de la informació facilitada per l'empresari en relació amb la situació de l'empresa i a les mesures que es poden adoptar en funció d'aquella situació. En realitat, el deure de sigil no significa que els representants dels treballadors tinguin l'obligació de mantenir un secret especial sobre aquests fets, ja que això impediria que pogueren informar els treballadors sobre unes qüestions que tenen dret a saber per afectar els seus drets i interessos. El deure sigil més aviat l'hauríem d'identificar amb altre tipus de conducta o comportament.

En realitat, l'art 65 ET exigiria als representants dels treballadors una especial cura, prudència o cautela a l'hora de tractar aquesta informació i la documentació sobre la situació de l'empresa i la reestructuració empresarial. Conseqüentment, els representants dels treballadors podran i tal vegada han d'informar els treballadors sobre la intenció empresarial de dur a terme una reestructuració empresarial, i podran informar-los sobre l'evolució de les negociacions en relació amb el projecte d'acomiadament col·lectiu. Segurament no podran exterioritzar totes les dades que tenen sobre les interioritats de l'empresa, però amb cautela i reserva, podran exposar als treballadors la situació empresarial i allò que pretenen aconseguir mitjançant les consultes.

En aquest sentit, alguna resolució judicial⁴⁴¹ diu que el deure de sigil professional al qual estan obligats els representants dels treballadors no pot justificar l'incompliment del deure d'informar els treballadors sobre aquelles qüestions que els poden afectar, art 64.12 ET. En el cas concret, el Tribunal entén vulnerat l'art 64.12 ET perquè el comitè d'empresa tenia informació sobre la situació econòmica de l'empresa i de les propostes de participació econòmica d'altres empreses, així com d'una proposta d'inversió que exigia 18 acomiadaments, però el comitè no informà adequadament els treballadors dels termes de l'expedient de regulació d'ocupació amb la finalitat d'evitar la reacció dels afectats.

Tenint en compte el pronunciament anterior, podem dir que els representants legals dels treballadors hauran d'informar sobre l'expedient als treballadors, però amb prudència i cautela. Aquesta prudència a l'hora de transmetre determinada informació relacionada amb les negociacions de l'expedient està justificada per diferents raons. En primer lloc, pot ser que l'empresari estiga interessat en el fet que la resta d'empreses no coneguen exactament l'envergadura de la crisi per la qual està passat, ja que aquella informació podria ser utilitzada en perjudici seu. Però a més, la proposta d'acomiadament col·lectiu anirà acompanyada del projecte de viabilitat que haurà de ser negociat amb els representants dels treballadors i aquest inclourà informació i propostes sobre el funcionament de l'empresa que poden tenir una transcendència important.

⁴⁴¹ STSJ Catalunya, 7 de setembre AS 3638.

Respecte a aquest darrer supòsit, no poden oblidar que el projecte de viabilitat pot incloure informació sobre la recerca de noves fonts d'inversió, noves estratègies comercials que poden consistir a deixar algunes activitats i centrar-se en altres més viables, innovacions en el producte o altres mesures que tractaran de millorar el funcionament de l'empresa. Per tant, l'empresari estarà interessat que les empreses que competeixen amb ell no tinguin coneixement d'aquelles noves estratègies que pretén adoptar, si aconsegueix pactar-les amb els representants dels treballadors. La raó és lògica, si la resta d'empreses tenen coneixement d'algunes d'aquestes informacions podrien fer ús d'ella, i situar la seua empresa en una situació menys competitiva en el mercat.

5. EL CONTINGUT DE LES NEGOCIACIONS I ELS LÍMITS A L'AUTONOMIA DE LES PARTS:

El legislador, en els art 6 i 8 del RD 43/1996 delimita clarament el contingut i els temes que han de ser analitzats per les parts a l'hora de negociar l'expedient de regulació d'ocupació. Concretament, exigeix que les parts a través de les consultes analitzen: les causes, les possibilitats d'evitar o reduir els acomiadaments i les mesures dirigides a possibilitar la continuïtat del projecte empresarial. En essència, les parts han de negociar sobre aquelles mesures incloses en el pla social i en el pla de viabilitat.

Tant la Directiva 98/59, com el Conveni nº158 i la Recomanació nº166 i la regulació interna, enfoquen les negociacions cap a tres direccions. Per una part, suggereixen que les parts negociadores analitzen totes aquelles mesures destinades a evitar els acomiadaments. En segon lloc, quan les extincions són inevitables, aquestes normes exigeixen que les parts negocien mesures socials que acompanyen les extincions i atenuen els efectes negatius que poden ocasionar als treballadors i al mercat de treball. I en darrer lloc, l'empresari i els representants dels treballadors hauran d'aportar propostes que tracten d'assegurar la viabilitat futura de l'empresa.

Així doncs, les mesures socials pactades en una reestructuració empresarial podran tenir una naturalesa preventiva destinada a reduir el número d'acomiadaments: reducció d'hores extraordinàries, conversió de contractes, contractes de relleu, reducció de jornada, suspensions dels contractes, desplaçaments, trasllats o modificacions. Totes aquestes mesures suposaran el manteniment del vincle contractual amb l'empresa, però suposaran una modificació de les seues condicions laborals.

Es tracta de mesures que poden ser pactades abans d'acudir a un expedient de regulació d'ocupació amb la finalitat d'evitar-lo o es poden pactar davant un acomiadament col·lectiu amb la finalitat de reduir el seu abast. A més d'aquestes mesures, en podran pactar d'altres que acompanyaran les extincions i tractaran d'atenuar el caràcter traumàtic que té sempre la pèrdua del lloc de treball: indemnitzacions superiors, prejubilacions, jubilacions ordinàries, baixes amb incentius o mesures formatives.

Els nous plantejaments que comencen a sorgir a nivell europeu sobre les reestructuracions socialment responsables poden ajudar també a establir el contingut del pla d'acompanyament social i poden servir per tal d'orientar les negociacions. Segons

diu la Comissió⁴⁴², en aquests processos cal tenir en compte tots els interessos i preocupacions de les parts afectades pel canvi. La reestructuració ha de preparar-se correctament: cal identificar els riscos importants, calcular els costos directes i indirectes, les estratègies i les mesures alternatives i avaluar totes les opcions que permeten reduir els acomiadaments.

D'acord amb aquests plantejaments, les mesures que negociem en una reestructuració empresarial han d'anar més enllà de les mesures destinades a compensar els perjudicis ocasionats per la perduda del lloc de treball. Cal negociar mesures destinades a incorporar de nou el treballador en el món laboral i a reciclar-lo professionalment, perquè les reestructuracions poden suposar costos molt elevats⁴⁴³. Així doncs, per tal de mantenir la cohesió social cal aplicar polítiques d'acompanyament destinades a minimitzar els costos socials i promoure la recerca de fonts alternatives de treball. L'objectiu buscat és que els costos de la reestructuració sobre l'ocupació i les condicions de treball siguin transitoris i limitats.

Tanmateix, no sempre les empreses poden, per elles soles, aconseguir els objectius més ambiciosos del pla social: recol·locació i el reciclatge dels excedents. Però la intervenció de les diferents administracions pot esdevenir de molta utilitat en relació amb aquestes mesures. Aquesta possibilitat és vista de bon grat per la Comissió i en alguna ocasió ha destacat que "l'experiència de les reestructuracions més importants realitzades en la indústria del carbó, l'acer o en les drassanes ha demostrat que la reestructuració resulta més fructífera, si en ella col·laboren les autoritats públiques, les empreses i els representants dels treballadors".

En el nostre cas, comptem amb l'experiència de la reconversió industrial, durant la qual es posaren en marxa algunes mesures destinades a recol·locar els treballadors i a reciclar-los a través dels Fons de Promoció d'Ocupació. Tal vegada, aquell òrgan no és actualment la millor de les fórmules per dur endavant aquestes propostes, però a nivell local existeixen diferents iniciatives que poden ajudar a aconseguir aquests objectius i que a més, es troben finançades pel Fons Social Europeu. No hem d'oblidar que una de les seues finalitats és la inserció dels treballadors i reforçar l'adaptació dels treballadors als canvis empresarials i del sistema productiu a través d'ajudes a la formació i a l'ocupació. És per això que dóna suport al desenvolupament local, a les iniciatives d'ocupacions locals i als pactes d'ocupació territorials. Així doncs, la col·laboració de l'administració local o d'organismes locals a l'hora de fer efectives algunes mesures del pla social pot esdevenir interessant.

Una vegada s'han esbossat els diferents tipus de mesures que ha de recollir el pla social, cal posar en relleu les limitacions o dificultats que es trobaran les parts a l'hora de negociar les possibles propostes que inclouran en ell. No podem parlar d'un únic model de pla social i la inclusió en ell d'algunes de les mesures comentades fins aleshores dependrà de molts factors: dimensions de l'empresa, el tipus de desequilibri empresarial o dels recursos per dur-les a terme. Però a més, moltes de les propostes comentades anteriorment i sobre les que entrarem de nou de seguida, són molt complicades de dur a terme a les empreses d'estructura simple. En canvi, el grup d'empreses presenta majors avantatges a l'hora de materialitzar moltes d'aquelles propostes.

⁴⁴² Llibre verd "responsabilitat social de les empreses", COM (2001) 366 final, pàg. 10.

⁴⁴³ Comunicació de la Comissió : Reestructuració i ocupació", COM (2005) 120 final, pàg. 2 i 3.

Però a més d'aquestes dificultats, a l'hora de negociar el pla social o el de viabilitat ens en trobarem d'altres de diferent naturalesa que dificultaran encara més l'anàlisi d'aquests documents i el seu contingut definitiu. Així és, en moltes ocasions aquests plans podran incloure trasllats i desplaçaments, unes mesures que no poden ser aplicades de forma arbitrària per l'empresari, sinó tot el contrari. Com sabem, el legislador exigeix la concurrència de determinada causa, el compliment de determinats requisits i l'obligació de seguir un procediment específic per poder-les dur endavant, amb la qual cosa les parts hauran de tenir en compte aquestes limitacions. Similar problema trobarem, quan el pla social incloga modificacions de les condicions de treball.

Aquesta serà doncs, la primera dificultat que podem trobar quan els plans socials incloguen aquestes mesures com a mecanismes destinats a reduir les conseqüències dels acomiadaments. El pla d'acompanyament social pot incloure la modificació de la jornada laboral, del salari, de l'horari o altres qüestions que es troben regulades en conveni; unes mesures que anirien dirigides a evitar determinats acomiadaments. Però la modificació d'aquestes qüestions i la seua inclusió en el projecte d'acompanyament social, només es podrà realitzar per acord entre les parts, perquè les modificacions de caràcter col·lectiu que afecten condicions establertes en els convenis col·lectius regulats en el Títol III ET, hauran de produir-se per acord amb els representants dels treballadors i només respecte l'horari, règim de treball a torns, sistema de remuneració o sistema de rendiment.

Així doncs, l'acord sobre la reorganització empresarial a més de preveure uns acomiadaments determinats, podrà incloure un contingut regulador i regular el contingut de determinades mesures laborals com els trasllats, desplaçaments, modificacions de condicions de treball, conversió de contractes a jornada parcial o el règim de les jubilacions. A més, aquests acords podran suposar una desvinculació del règim estatutari, en la mesura que les parts negociadores podran pactar aplicar les clàusules de desvinculació salarial o modificacions de les condicions de treball. La conseqüència és lògica, aquesta possible actuació de l'acord sobre la reestructuració empresarial implicarà, en algunes ocasions, una desvinculació de la regulació del conveni i posarà en relleu una tendència cap a la descentralització de la negociació col·lectiva d'àmbits superiors a l'empresa.

Les parts podran incloure aquestes mesures en el pla social, però per poder fer-ho hauran de respectar el procediment i requisits de l'art 41 ET. Per tant, una de les principals limitacions que es trobaran les parts a l'hora de negociar les mesures destinades a evitar algunes extincions previstes en el projecte d'acomiadament seran les exigències i procediments previstos en l'art 39 ET, 40, 41 ET, així com els preceptes de dret necessari o imperatiu que poden tenir alguns dels apartats d'aquests articles. A l'hora de plantejar aquests problemes haurem de diferenciar clarament entre el pla social o de viabilitat proposats per l'empresari, i els projectes aprovats definitivament durant les consultes i que passaran a formar part de l'acord col·lectiu sobre la reorganització empresarial.

Aquesta diferenciació està imposada, perquè els projectes proposats per l'empresari inicialment no són vinculants ni immediatament efectius, són només propostes que han de ser debatudes durant les negociacions i inclús alguns dels seus

continguts es veuran modificats. Per tant, en principi, determinades mesures incloses en aquells documents com: trasllats, desplaçaments, o modificacions de les condicions, poden no ajustar-se adequadament a la regulació específica que regula aquelles mesures. En canvi, quan aquestes mesures formen part del pla social o de viabilitat definitiu estaran subjectes a les condicions, exigències o requisits imposats per l'art 39, 40, 41 de l'ET.

En darrer lloc, no hem d'oblidar que ens trobem negociant un expedient de regulació d'ocupació, amb la qual cosa l'autonomia de les parts a l'hora de negociar i pactar determinades mesures estarà condicionada per les normes de dret necessari mínim que configuren el règim jurídic dels acomiadaments col·lectius. Aquestes limitacions entraran en joc a l'hora de negociar les indemnitzacions o la selecció dels treballadors.

5.1) L'OBLIGACIÓ DE NEGOCIAR EL PROJECTE D'ACOMPANYAMENT SOCIAL:

L'obligació de negociar les propostes dirigides a evitar els acomiadaments o a reduir els seus efectes negatius està imposada per l'art 8 RD 43/1996. La nova regulació ha reconduït les negociacions a un terreny que fins aleshores havia estat exclòs de les consultes. Es té molt present, que més enllà dels efectes individuals, l'expedient de regulació d'ocupació comporta uns greus problemes col·lectius que repercuteixen en la societat i en el mercat de treball.

No hem d'oblidar, que a més dels índex de desocupació que continuen sent preocupats, existeixen sectors especialment deteriorats i que han estat afectats per destruccions importants de llocs de treball realitzades de forma prou traumàtica. Aquests supòsits tenen una naturalesa especialment tràgica, perquè les reestructuracions empresarials no han estat acompanyades de suficients mesures dirigides a activar aquells sectors, ni han inclòs mesures suficients per a readaptar o reconvertir els treballadors afectats. És per això, que més enllà de les indemnitzacions, que compensen els efectes individuals de l'expedient, les negociacions hauran d'abordar formules dirigides a compensar els efectes col·lectius de l'acomiadament que finalment repercutiran sobre el mercat laboral i augmentaran el número d'aturats.

Però a més, hem de ser conscients que normalment les reestructuracions empresarials afecten uns col·lectius específics: gent major de quaranta anys, treballadors amb una antiguitat considerable a l'empresa i que possiblement no compten amb les habilitats suficients per tal de reincorporar-se en el món laboral. Totes aquestes circumstàncies poden dificultar la seua inserció laboral i poden fer que es converteixquen finalment en aturats de llarga duració. Així doncs, que les mesures socials i laborals recollides en el pla social poden ajudar a millorar la sort d'aquests excedents laborals.

Tanmateix, també és cert, que en comparació amb altres regulacions el nostre ordenament jurídic tampoc ajuda massa a l'hora de millora la possibilitat d'inserció d'aquests treballadors i reduir conseqüentment els efectes més negatius dels acomiadaments. En primer lloc, l'ET i la seua norma de desenvolupament regulen molt escassament el contingut del pla social. En segon lloc, aquest pla només serà obligatori en aquelles empreses que superen unes dimensions determinades. Però a més, a

diferència d'allò que ocorre en altres Estats, la nostra regulació no preveu cap altra mesura destinada a facilitar el procés d'inserció d'aquests treballadors, és a dir, que l'empresari no té cap responsabilitat respecte als treballadors acomiadats i respecte a la seua inserció.

En canvi, en altres ordenaments i inclús en les normes internacionals l'empresari és un dels principals responsables del procés d'inserció dels excedents de plantilla produïts per una reestructuració. De tal forma, que davant un acomiadament col·lectiu el pla social no només ha de recollir mesures econòmiques, sinó que a través d'ell l'empresari soles o amb la col·laboració de l'Administració, assumeix un compromís de recol·locar els excedents laborals. De fet, la Recomanació de la OIT de 1982, a més de mencionar diferents tipus de mesures socials i laborals que poden acompanyar els acomiadaments per causes empresarials, preveu que sempre que siga possible, l'empresari ha d'ajudar els treballadors afectats a buscar altre treball adequat, per exemple a través de contractes indirectes amb altres empresaris, art 25.

A diferència del que ocorre en altres estats, les nostres normes sobre els acomiadaments col·lectius no segueixen exactament aquesta filosofia. Les normes franceses preveuen que en un acomiadament col·lectiu l'empresari haurà d'oferir obligatòriament, durant l'entrevista amb el treballador, la possibilitat alternativa a l'acomiadament adherint-se a una "convenció de conversió" o a "convenis de readaptació professional" que no és altra cosa que un acord subscrit entre l'empresari, l'Administració i l'Entitat Gestora⁴⁴⁴. Segons expliquen altres autors⁴⁴⁵, l'ordenament francès, fa a l'empresari el principal garant de la inserció dels treballadors acomiadats, perquè li obliga a buscar un nou treball als treballadors excedents en funció de les possibilitats de l'empresa.

Per altra banda, a Alemanya, malgrat que el pla social també es basa sobretot en indemnitzacions, des de fa poc funcioneix algunes mesures actives. Existeixen dues possibilitats: la primera consisteix en el fet que el treballador amenaçat de ser acomiadat aprofita aquelles mesures durant el període de preavís. La segona consisteix en el fet que el treballador comença a cobrar un subsidi de desocupació parcial i accepta a canvi la seua transferència a una societat de foment de l'ocupació. En canvi, a Itàlia els treballadors s'inscriuen en unes llistes de mobilitat. Una vegada inscrits, gaudeixen de subsidis i indemnitzacions i es comprometen a participar en un programa de recol·locació controlat pel Servei Públic.

En aquests ordenaments jurídics, els plans socials van més enllà d'uns plans reduïts a compensacions econòmiques. Tot el contrari, tracten de relacionar o connectar la gestió de la reestructuració, els plans socials i les polítiques actives d'ocupació amb la finalitat de facilitar la inserció dels excedents de plantilla. En el nostre ordenament aquesta connexió és pràcticament inexistente i els continguts dels plans socials que es negocien són insuficients per poder facilitar la inserció dels treballadors. Tanmateix, les parts que negocien l'expedient, dins de les possibilitats de l'empresa, gaudeixen de prou llibertat a l'hora de preveure mesures més diverses.

⁴⁴⁴ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F, "El despido por causa económicas en Francia. Estudio especial del despido colectivo", RL, 1993, nº11. pàg. 212.

⁴⁴⁵ MORIN LAURE, M, VICENS, C, "Despido económico, flexibilidad empresarial y estabilidad del trabajador. Lecciones de una comparación europea. RIT, 2001, nº1pàg. 55.

5.1.1) MESURES DESTINADES A EVITAR ELS ACOMIADAMENTS:

El primer que hauran d'analitzar els representants dels treballadors i l'empresari al llarg de les consultes, serà l'existència o no d'un desequilibri en el funcionament de l'empresa que els obliga a adoptar determinades mesures que tindran com a finalitat assegurar la continuïtat de l'empresa i superar aquells obstacles que fan perillar la seua continuïtat futura. Aquest hauria de ser el començament de qualsevol negociació, perquè si els representants dels treballadors arriben a la convicció que no existeix un desequilibri que justifica el projecte d'acomiadament, i per tant, l'expedient iniciat per l'empresari respon a altres finalitats, no tindrà sentit negociar aquelles mesures que poden evitar algunes extincions, ni de quina forma hem de canalitzar els acomiadaments per tal que siguin el menys traumàtics possibles per als treballadors.

Una vegada analitzada la documentació sobre l'estat econòmic i financer de l'empresa podran rebatre l'existència d'un desequilibri empresarial. Si aquests arriben a la convicció que aquest desequilibri existeix, a través de la informació que tenen de caràcter trimestral sobre les previsions de la plantilla, les noves contractacions i sobre l'evolució de la producció i l'ocupació, art 64 ET, podran fer propostes constructives.

Tenint en compte la informació empresarial de caràcter trimestral que tenen i els suggeriments recollits en l'art 21 de la Recomanació nº166 de 1982, aquests podran suggerir mesures que tracten de reduir les extincions i podran plantejar la possibilitat d'acudir a altres formules: suspendre les noves contractacions, no renovar els contractes temporals tractant de salvaguardar els contractes indefinits o podran plantejar la possibilitat d'aplicar les clàusules de desvinculació salarial. Amb la mateixa finalitat podran plantejar mesures destinades a repartir el treball a l'empresa: disminució d'hores extraordinàries o la possibilitat d'acudir a formules de treball compartit. Es tracta d'evitar o reduir les extincions acudint a mesures que aporten un cert grau de flexibilitat a l'hora de gestionar la relació laboral⁴⁴⁶.

Allò idoni seria que aquestes propostes s'adoptaren de forma preventiva, però això exigeix que a l'empresa existisca uns bons nivells de transparència informativa. Cal necessàriament que l'empresari informe als representants dels treballadors periòdicament i transmeta una informació clara sobre la marxa de l'empresa i sobre les possibles mesures preventives que es poden adoptar en funció d'aquesta informació. Aquesta actuació empresarial permetria establir les bases necessàries per entaular un diàleg fluid entre l'empresari i els representants dels treballadors i poder fer amb antelació propostes sobre la gestió de la mà d'obra.

Aquesta forma de gestionar l'empresa i les reorganitzacions empresarials és possiblement la millor forma d'assegurar l'èxit d'una reestructuració. En algunes ocasions, les crisis empresarials són conseqüència de reestructuracions que han fracassat, perquè no s'han adoptat les mesures pertinents a efectes de superar els

⁴⁴⁶ GONZÁLEZ DE LANA, F, "Regulación de empleo y Administración Laboral", ed. Dirección y Progreso, 2002, nº181, pàg. 59. L'adveritat i complexitat de les causes és tradueix en la diversitat de mesures laborals que podem aplicar: des de extincions a suspensions, passant per altres que no afecten l'ocupació, sinó les condicions de treball, com la mobilitat funcional o geogràfica, la modificació de l'estructura i quantia dels salaris, transformació de la naturalesa dels contractes, externalització de l'activitat.

desequilibris empresarials. Però també, perquè aquestes crisis empresarials són el resultat de no haver adoptat una política preventiva capaç d'anticipar-se als canvis que afecten les empreses i els sectors.

A més a més, aquesta forma de gestionar la reestructuració podrà reduir el clima de conflicte laboral que pot ocasionar una reorganització que no busca solucions equilibrades. Per altra banda, no hem d'oblidar que la reestructuració empresarial suposarà una transformació de les estructures organitzatives de l'empresa. Aquest procés podrà ser llarg i complex i requerirà la cooperació dels treballadors i dels seus representants, i alhora es farà necessari negociar totes aquelles mesures comentades fins aleshores.

No obstant això, l'actual marc jurídic sobre els acomiadaments col·lectius es basa en una concepció essencialment de reacció enfront de la crisi, que tracta d'atenuar les seues conseqüències a través d'unes negociacions amb els representants dels treballadors. En canvi, mira amb desdeny els tractaments preventius de les crisis, i les propostes que tracten de prevenir els desequilibris empresarials a través de la participació dels treballadors en l'empresa. Ni tan sols l'art 64 ET, que estableix l'obligació d'informar els representants dels treballadors sobre la marxa de l'empresa, inclou l'obligació d'informar i negociar sobre les possibles mesures preventives que es poden adoptar a efectes d'evitar la crisi o quan creguen que en un futur proper els actuals nivells d'ocupació poden perillar. En canvi, la Directiva 2002/14, art 4.2.b sí que recull aquesta possibilitat.

Al marge d'aquelles mesures comentades en les línies anteriors, el pla social podrà incloure altres mesures per poder reduir els acomiadaments: el compromís de reubicar alguns treballadors dins de l'empresa a través de trasllats i desplaçaments o modificacions de les condicions de treball. El traspàs del treballador a altre lloc de treball implicarà un canvi en les seues antigues condicions de treball i en la seua relació laboral. Però a diferència dels acomiadaments, aquestes mesures suposaran el manteniment de la relació laboral. No obstant això, tots aquests canvis, que poden ser pactats durant les consultes, hauran de respectar els drets mínims reconeguts al treballador en els art 39, 40, i 41 ET.

Així doncs, l'acord d'empresa sobre la reestructuració empresarial inclourà algunes mesures que impliquen la ruptura del nexa contractual del treballador amb l'empresa: extincions, jubilacions i prejubilacions. Alhora, el pla social inclourà altres mesures que suposaran una modificació de les condicions laborals, però que suposaran el manteniment de la relació contractual del treballador. No ha d'haver cap problema sobre aquesta darrera possibilitat, perquè l'acord sobre la reorganització productiva és una manifestació de la negociació col·lectiva d'àmbit empresarial, i a més del contingut típic referit a la causa d'extinció de l'art 51 ET i els seus efectes, pot regular altres qüestions com poden ser les matèries previstes en les art 39 al 41 ET. A més, no existeix cap regla que negue aquesta acumulació de continguts, excepte el respecte als mínims legals específics en cada cas concret⁴⁴⁷.

És més, com afirma algun Tribunal⁴⁴⁸, les normes europees i la nostra normativa preveuen que el període de consultes haurà de versar sobre les causes, la possibilitat

⁴⁴⁷ STSJ Andalusia, 14 de febrer de 2003/3236. AS 2003/3236.

⁴⁴⁸ STSJ Balears, 21 de setembre de 2001, AS 4483.

d'evitar o reduir els efectes de l'acomiadament i les mesures destinades a garantir la continuïtat de l'empresa. Per tant, tant per la seua literalitat com per una interpretació lògica, hem de fer possible qualsevol tipus de mesura que tendeix a aquelles finalitats. En aquest sentit, les normes parlen dels plans socials i premien el manteniment dels llocs de treball

2.1.1) TRASLLATS, DESPLAÇAMENTS, MOBILITAT FUNCIONAL I SUSPENSIONS EN EL CONTEXT DEL PLA SOCIAL:

Al llarg de les negociacions de l'expedient, les parts podran pactar determinades mesures que impliquen el manteniment del vincle contractual del treballador amb l'empresa, però que suposen una alteració de les condicions de treball inicialment pactades i gaudides fins el moment. Aquestes mesures poden consistir en trasllats o desplaçaments a altres centres de treball o a altres empreses del grup, modificacions de les condicions de treball o suspensions per causes empresarials. No obstant això, l'empresari i els representants dels treballadors a l'hora d'incloure en el pla social trasllats i desplaçaments o noves classificacions dels treballadors com a mitjà per a reduir alguns acomiadaments, es veuran limitats per la naturalesa de dret necessari mínim i imperatiu que poden tenir els diferents apartats dels art 39 i 40 i 47 ET.

Respecte als trasllats i desplaçaments, hem de dir que el legislador no autoritza l'empresari a realitzar aquestes mesures de forma discrecional, l'adopció d'aquestes mesures estan condicionades per l'existència d'una causa que les justifique i pel respecte d'un procediment, sobretot, quan el trasllat té un caràcter col·lectiu. En aquest darrer cas, aquestes mesures hauran de ser negociades amb els representant dels treballadors. Això sí, tant si aquesta mesura té un caràcter individual com col·lectiu, l'empresari haurà de notificar la decisió als treballadors els quals, podran acceptar-les o optar per rescindir el contracte de treball, art 41 quart paràgraf, i 41.2 ET. Una opció reconeguda pel legislador també, quan el trasllat ha estat acordat pels representants dels treballadors i l'empresari, a través de les consultes.

Respecte a la mobilitat funcional, durant les negociacions de l'expedient els representants dels treballadors i l'empresari podran acordar modificacions en la classificació d'alguns treballadors i podran ubicar-los en altres llocs de treball vacats a l'empresa, en altres centres de treball o en altres empreses del grup, amb l'objectiu també de reduir el número d'acomiadaments previst en l'expedient de regulació d'ocupació. Igual que en el cas anterior, l'autonomia de les parts a l'hora d'acordar aquestes mesures es veurà limitada per la naturalesa de dret necessari mínim o imperatiu d'alguns dels apartats de l'art 39 ET⁴⁴⁹.

Tenint en compte aquesta limitació, quan l'acord reculla noves col·locacions d'alguns treballadors en nous llocs de treball que impliquen el desenvolupament de funcions de rang inferior, les parts hauran de tenir present que aquestes mesures només les podran acordar, si concorren causes relacionades amb el funcionament de l'empresa.

⁴⁴⁹ VALDÉS DE LA VEGA, B, "Individual y colectivo en el nuevo régimen jurídico de la movilidad funcional", en D.A, "La reforma laboral de 1994", op.cit, pàg. 129. Sobre l'art 39 ET, l'opinió doctrinal majoritària indica que es tracta d'un precepte que constitueix un mínim de dret necessari relatiu, això possibilita la seua disponibilitat a favor del treballador. D'aquesta forma la tendència aniria cap a la direcció de reduir el poder empresarial i les seues possibilitats per a efectuar canvis funcionals. Pe tant, els supòsits de l'art 39 ET no podran implicar un empitjorament de la situació deutora del treballador.

A més, el canvi s'haurà de produir pel temps necessari, i com preveu l'art 39 ET, la mobilitat funcional es realitzarà sense menysprear la dignitat del treballador⁴⁵⁰.

Així doncs, les parts podran incloure en el pla social aquestes mesures analitzades anteriorment, però respectant les previsions que recullen les seues normes específiques. Una possible fórmula que podria adoptar aquests plans aprovats definitivament pels representants dels treballadors i per l'empresari podria consistir a elaborar una llista de llocs vacants en altres centres de treball o en altres empreses del grup. Alhora, haurien de permetre que els treballadors que reuneixen els requisits fixats per les parts puguin acollir-se a aquests trasllats o desplaçaments. A més, tal vegada a través d'aquestes negociacions les parts deurien fixar les compensacions econòmiques que acompanyen els desplaçaments previstos en l'acord, art 40.1 ET⁴⁵¹.

Una fórmula similar es podria realitzar a l'hora de realitzar aquelles mesures acordades durant les consultes que impliquen una modificació funcional d'alguns treballadors. Aquest possible acord podria contemplar també la possibilitat que totes aquestes mesures tinguen un caràcter temporal. De tal forma, que una vegada superats els problemes de funcionament que té l'empresa, les parts haurien d'analitzar de nou aquestes mesures i les noves possibilitats professionals d'aquests treballadors. Aquesta fórmula compta amb l'avantatge de respectar el caràcter voluntari que han de tenir totes les mesures que formen el pla social. No hem d'oblidar, que totes aquestes mesures no deixen de ser propostes acordades amb els representants dels treballadors, però que en últim cas han de ser acceptades pels treballadors, perquè seran ells qui s'acullen a elles.

A més dels trasllats, desplaçaments i de les modificacions funcionals, les parts podran pactar suspensions dels contractes de treball per causes empresarials, art 47

⁴⁵⁰ STSJ País Basc, 3 de maig de 1994. Ar 2275. En relació amb l'aplicació d'aquestes mesures en una reestructuració empresarial, el Tribunal entén que l'acord sobre aquestes mesures s'adopta dins d'un expedient de reestructuració empresarial en el qual es preveu rescissions i suspensions. Per la via de la mobilitat funcional es pretén minimitzar els efectes de les extincions. Així doncs, l'acord permet aquesta mesura per tal d'assegurar la viabilitat de l'empresa.

⁴⁵¹ PLA SOCIAL inclòs en l'ERO ALIANZAS Y REASEGUROS, nº registre 5097, de 27 de juliol de 1999. <http://www.comfia.net>. En aquest pla l'empresa oferta 215 llocs de treball amb mobilitat geogràfica i funcional, unes mesures que estaran limitades en virtut del criteri objectiu de capacitat i idoneïtat per al lloc de treball. L'esmentada oferta va adreçada al col·lectiu de treballadors que constitueixen un excendent estructural en la seua actual localització geogràfica. Amés aquestes mesures tenen un caràcter voluntari. A més a més, l'acord preveu les següents compensacions econòmiques: en relació amb la mobilitat funcional, es garanteixen les compensacions diàries fixades en conveni que resulten aplicables als grups professionals. La mesura serà temporal i rebran en concepte d'indemnització per eradicació una indemnització de 1.000.000 pts, així com les despeses per desplaçament. Els treballadors acollits a aquestes mesures podran sol·licitar crèdits per a un nou allotjament. Davant el trasllat de l'activitat tècnica i industrial de la factoria de Nissan situada a Madrid a Barcelona, UGT i CCOO i la direcció de Nissan aconseguiren un acord que garantia bona part dels nivells d'ocupació. El pla social preveia 240 llocs de treball a Barcelona i 120 a Àvila i compromisos de preferència per a la contractació dels treballadors de la factoria de Madrid. Els treballadors que opten pels trasllats, l'empresa els ofereix una indemnització segons els seus nivells salarials i antiguitat i compensacions destinades a aconseguir una casa i altres per a compensar les despeses de la mudança. <http://www.ugt.es>. ACORD RED AGENCIAL GENESIS, 29 de novembre 2004. En ell a més de contemplar determinats acomiadaments, recull diferents trasllats i al respecte preveu el següent: els treballadors que opten pel trasllat des del centre de treball actual al centre de Barcelona, tindran dret a les següents compensacions econòmiques: despeses de locomoció, despeses de mudança, despeses de viatge i allotjament, indemnització en concepte de compensacions per despeses. Ajudes per a adquirir una casa i permisos retribuïts fins a 10 dies. <http://www.comfia.net>

ET⁴⁵². També en aquesta ocasió les parts hauran de respectar les exigències establertes en l'ET. Sobre aquesta mesura només apuntaré que el legislador la configura com un mecanisme destinat a superar desequilibris no estructurals, una mesura que a més haurà de ser necessària per a superar aquell problema empresarial. Per tant, malgrat que el mateix art 47 de l'ET ens remet a l'art 51 ET a efectes del procediment, però amb exclusió de la indemnització, aquest es caracteritza per una forta dosi de flexibilitat en relació amb els terminis i la documentació.

Com sabem, la suspensió del contracte de treball implica "l'exoneració de les obligacions recíproques de treballar i remunerar aquest", art 45 ET. Conseqüentment, mentre dure aquesta situació, els treballadors afectats es troben en situació legal de desocupació amb un dret preferent de reingrés a l'empresa, art 208.2 LLGSS. L'avantatge que té aquesta mesura és precisament que no suposen una ruptura del contracte de treball, de tal forma que el desequilibri empresarial es tracta de superar a través de mesures de gestió interna de l'empresa. Alhora, aquestes mesures suposen una reducció del número d'acomiadaments.

5.1.3) MODIFICACIÓ SUBSTANCIAL DE LES CONDICIONS DE TREBALL:

No és estrany que davant una crisi per causes empresarials les parts durant les negociacions de l'expedient, treguen a col·lació la possibilitat de modificar de forma substantiva algunes condicions de treball amb la finalitat d'evitar acomiadaments. Per altra banda, aquestes modificacions poden tenir un abast individual o col·lectiu, art 41.2 ET. Sobre la naturalesa dels canvis que poden afectar la prestació de treball, el TS⁴⁵³ ha aclarit que existeix modificació substancial, "quan aquella siga d'una naturalesa que altere i transforme els aspectes fonamentals de la relació laboral. De tal forma, que passen a ser altres distints de forma notòria". Per tant, a l'hora d'acordar aquests canvis, les parts hauran de tenir en compte aquesta observació a l'hora de realitzar la modificació conforme amb allò dit en l'art 41 ET.

Així doncs, en principi, durant les negociacions amb els representants dels treballadors es podria plantejar la possibilitat de modificar entre altres coses, la jornada de treball, l'horari o el sistema de remuneració amb l'objectiu de reduir les extincions projectades en l'expedient. A través d'aquests canvis, permetríem a l'empresa adaptar-se i fer front a les noves situacions per les que passa. Ara bé, aquestes matèries estan regulades per conveni i l'art 41 ET només permet la modificació de les condicions establertes en els convenis estatutaris per acord amb els representants dels treballadors i només respecte a determinades matèries.

Segons aquestes idees, aquest tipus d'acord implicarà la ruptura respecte d'allò regulat per conveni col·lectiu, però alhora aportarà una nova regulació diferent al contingut general recollit en conveni. Així doncs, el major risc que presenten aquests

⁴⁵² ACORD SOBRE L'Ocupació EN UNISONO. 10 febrer de 2004. <http://www.comfia.net>. La supressió de la contracta d'atenció al client ha suposat l'extinció de 310 treballadors. El Pla social preveu per als treballadors amb contracte indefinit les següents alternatives: pla de baixes. Recol·locacions en altres serveis d'UNISONO en similars condicions. Segons diu l'acord, entendrem per "similar condicions" aquells llocs de treball que no suposen una jornada inferior al 11% de la que gaudien. I si tots no poden ser recol·locats, les parts acorden la tramitació d'un expedient de regulació d'ocupació de suspensió de contractes per un període no superior a 6 mesos.

⁴⁵³ STS, 3 de desembre de 1987, Ar 8822.

acords és que puguen introduir una regulació menys beneficiosa per als treballadors que la recollida en el conveni. Per altra part, com que aquest no és el mecanisme normal per a modificar el contingut del conveni, el legislador sotmet a determinades condicions aquesta possibilitat recollida en l'art 41 ET. En primer lloc, el legislador exigeix la concurrència d'un desequilibri en el funcionament de l'empresa. Només podrà afectar determinades matèries i la modificació haurà de ser negociada i acordada amb els representants dels treballadors.

Per tant, si durant les negociacions de l'expedient les parts no arriben a un acord sobre les condicions per a acceptar aquestes modificacions substancials de les condicions de treball, difícilment l'empresari les podrà dur endavant. Conseqüentment, igual que en el supòsit anterior, l'autonomia de les parts estaria limitada pel respecte al contingut i exigències de l'art 41 ET. No obstant això, si observen aquells requisits i si finalment negocien aquestes qüestions i arriben a un acord, res impedeix que puguen acordar aquestes mesures en el pla social.

Tanmateix, algunes resolucions judicials⁴⁵⁴ van més enllà i estimen que a través de l'art 51 i 41 ET es podrà modificar les condicions de treball establertes en conveni. La resolució parla en general de convenis col·lectius i no fa referència a cap tipus de limitacions. Així doncs, continua el Tribunal dient que ens trobem davant un expedient de regulació d'ocupació que concedeix als afectats, com a opció voluntària a la extinció dels contractes, la possibilitat de mantenir la seua relació laboral en condicions distintes a les mantingudes fins aleshores, per tant no procedeix valorar si el pacte podia recollir les modificacions de les condicions del temps de treball previstes en el conveni. A més, el pacte de regulació d'ocupació és un producte de la negociació col·lectiva constitucionalment reconeguda en l'art 37 CE.

En qualsevol cas, en general, el pla social negociat amb els representants dels treballadors podrà incloure la modificació d'algunes condicions. Concretament, podrà recollir la possibilitat de transformar alguns contractes de jornada completa a temps parcial. Respecte a aquesta proposta, no hem d'oblidar les indicacions recollides en l'art 12.4.e ET. Aquest precepte estableix que la conversió d'un treball a temps complet a temps parcial ha de tenir un caràcter voluntari per al treballador, per la qual cosa aquesta decisió no podà ser imposada per l'empresari o com a conseqüència d'una modificació substancial de les condicions de treball, art 41 ET. Aquesta previsió s'ajusta al caràcter voluntari que tenen totes les mesures recollides en la proposta d'acomiadament. No obstant això, no està de més recordar allò que estableix el legislador respecte a aquesta mesura concreta, art 12 ET. Així i tot, algun autor ha destacat que tal vegada per l'ús moderat del treball a temps parcial en el nostre sistema de relacions laborals i pels costos de transacció que acompanyen les novacions, aquesta possibilitat ha estat poc utilitzada en les operacions de reestructuracions⁴⁵⁵.

En relació amb la possible modificació dels contractes, alguna resolució judicial⁴⁵⁶ s'ha pronunciat sobre les mesures del pla social i ha dit que tant les normes comunitàries com les internes, fan possible qualsevol mesura pactada destinada a reduir i atenuar els efectes de l'acomiadament. Sobre la modificació de contractes realitzades

⁴⁵⁴ STSJ Balears, 21 de setembre de 2001, AS 4483.

⁴⁵⁵ MARTÍN VALVERDE, A, "Reestructuraciones de empresas y protección social", en D.A., "XVI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social", op.cit, pàg. 9.

⁴⁵⁶ STSJ Balears, 21 de setembre de 2001, AS 4483.

en una regulació d'ocupació i més concretament en relació amb la modificació d'un contracte fix a fix discontinu per raó de la temporalitat, el Tribunal manté que es tracta d'un pacte col·lectiu que no incideix sobre el dret individual del treballador, ja que es va oferir als treballadors afectats per l'expedient la possibilitat d'acollir-se a la indemnització per acomiadament.

A més d'aquestes mesures, les parts podran proposar una *distribució irregular de la jornada* de forma temporal amb l'objectiu de facilitar l'adaptació de l'empresa a les noves circumstàncies que l'afecten⁴⁵⁷ i evitar de pas alguns acomiadaments. També amb les mateixes finalitats, podran pactar la reducció temporal de la jornada de treball⁴⁵⁸. En aquest sentit, la reducció de la jornada de treball amb reducció de salari pot ajudar a mantenir els nivells d'ocupació de l'empresa i conservar els treballadors qualificats. En aquests supòsits, els treballadors podran gaudir parcialment de la prestació per desocupació, sempre que la reducció de la jornada ordinària tinga un caràcter temporal i vaja acompanyada de la corresponent reducció salarial. A efectes de la LLGSS, entendrem que existeix reducció temporal de la jornada ordinària, quan haja estat autoritzada per un període de regulació d'ocupació, art 203.3 LLGSS.

També amb les mateixes finalitats, durant les consultes podran acordar modificar el sistema de remuneració. No obstant això, en principi, la modificació

⁴⁵⁷ PLA SOCIAL DE L'ERO ALIANZAS SEGUROS I REASEGUROS, SA, N^a registre 5097. 29 juliol 1999. En <http://www.confia.net/temas.php?num=17>. L'empresa es compromet a oferir 300 llocs de treball susceptibles de ser ocupats per treballadors que formen l'excedent estructural. Aquesta mesura s'inclou dins d'un programa que preveu modificacions amb adaptacions a un treball estable com a mesura transaccional per l'ocupació. Les condicions d'aquest programa són les següents: a). Durant els tres primers anys realitzaran una jornada equivalent al resultat d'augmentar a còmput anual el mòdul de 22.5 hores setmanals de treball efectiu per al torn de matí i 22 hores setmanals per al torn de vesprada, amb la qual cosa garantiran una retribució equivalent de 65% del salari que tenien en la seua situació laboral anterior. B). A partir del quart any, el mòdul de referència augmentarà a 25 hores de treball efectiu i garantiran una retribució equivalent al 75%. Els treballadors aollits a aquestes mesures, mentre romanguen a temps parcial, no podran ser acomiadats per causes no imputables al treballador. A més tindran un dret absolut i preferent per a cobrir les vacants en l'empresa, o llocs a jornada completa. En el termini de sis anys, l'empresa es compromet a garantir com a mínim al 50% dels treballadors un lloc de treball a jornada completa.

⁴⁵⁸ EVANS-KLOCK, C, KELLY, P, RICHARDS, P, VARGHA, C, "Reducciones de plantillas. Medidas preventivas y de reparación", RIT, 1999, n^o1, pàg. 55. A Alemanya, davant la profunda recessió de 1970 acudiren de forma generalitzada a la setmana laboral reduïda per evitar o demorar els acomiadaments. L'assignació pública equivalia a dos tercers parts dels ingressos nets perduts i les empreses havien de demostrar que la reducció de la jornada de treball era inevitable i temporal i estava motivada en causes econòmiques. Aquesta fórmula és atractiva per als empresaris, perquè els ajuda a no acomiadar personal qualificat i experimentat i estalvien els costos de contractar i capacitar posteriorment nous treballadors. KLAUS ADOMEIT, "Dos acuerdos de empresa paradigmáticos en el sector automovilístico alemán", en D.A, OJEDA AVILÉS, A, "El arbitraje laboral. Los acuerdos de empresa", Tecnos, 1996, pàg. 232. Aquest autor explica que cap a l'any 1993 l'empresa volkswagen AG i el sindical del metall signaren un conveni especial. L'empresa garantia la seguretat de tots els llocs de treball durant la seua vigència. A més, renunciava a l'acomiadament per causes empresarials. A canvi, els treballadors reduïen el seu salari i l'horari de treball es va reduir un 20%. A un acord similar arribaren Adam Opel AG cap al 1994 amb el sindicat del metall. L'empresa es comprometia a no traslladar la producció de les fàbriques del Rüsselsheim a canvi de reduir salaris. Al 2004, alguns d'aquests acords entre aquestes empreses i el sindical del metall IG Metall s'han tornat a repetir. El 3 de novembre del 2004, Volkswagen AG i aquest sindicat, després d'unes àrdues i conflictives negociacions signaren un acord en virtut del qual l'empresa renunciava a acomiadar i assegurava els llocs de treball fins al 2011, però els treballadors acceptaven una congelació salarial fins al 2007. A més, l'acord va introduir un element de flexibilitat amb 400 hores de comptes d'estalvi a l'any. Això permet regular la producció i ajustar la jornada laboral a les necessitats de la producció. El País, 4 de novembre de 2004. pàg. 71.

d'aquest sistema no permetria disminuir o alterar les quanties retributives. Per poder realitzar aquest canvi hauríem d'acudir a les "clàusules de desvinculació del règim salarial".

Pel que fa a les clàusules de desvinculació del règim salarial, malgrat que ja han estat analitzades anteriorment, crec convenient fer alguna referència a elles. Durant les negociacions l'empresari i els representants dels treballadors podran plantejar-se la possibilitat d'aplicar aquestes clàusules previstes en els convenis, art 82.3 ET. No obstant això, com apunta algun autor⁴⁵⁹, les clàusules de desvinculació del règim salarial han de ser aplicades amb cautela "tant per fer excepcional l'eficàcia erga omnes del conveni, com per la seua incidència en terceres empreses, perquè van a implicar una situació de competència desigual pels diferents costos laborals". Precisament per aquesta circumstància, aquesta mesura esdevé un mitjà excepcional que té com a finalitat salvaguardar l'estabilitat econòmica de l'empresa, una estabilitat que es pot veure afectada per la possible aplicació del règim salarial previst en conveni, la qual cosa ens fa pensar que la seua aplicació implicarà l'existència d'un desequilibri empresarial o la previsió més que probable d'aquest.

En qualsevol cas, en una reestructuració empresarial la seua aplicació no ha de plantejar massa problemes, ja que l'existència d'un problema seriós empresarial és el fonament causal que justificarà tant l'expedient com la clàusula de desvinculació salarial⁴⁶⁰. Encara que com han posat en relleu⁴⁶¹, malgrat que existeix una similitud causal entre les clàusules i els acomiadaments empresarials, art 52.c i 51 ET, cal atenuar el nivell d'exigència en relació amb la gravetat de la situació que justifica l'aplicació d'aquestes clàusules⁴⁶².

Una vegada hem admès la possibilitat d'aplicar aquestes clàusules en una reestructuració empresarial, cal dir que aquesta possibilitat es troba condicionada per algunes exigències. En primer lloc, les parts hauran de seguir el procediment previst en la norma convencional i excepcionalment, quan el conveni no l'haja creada, la seua aplicació es podrà produir només per acord entre l'empresa i els representants dels treballadors, art 82.3 ET. Aquesta exigència impedeix que l'empresari aplique unilateralment aquesta clàusula, per la qual cosa si al llarg de les negociacions de l'expedient les parts no arriben a un acord a efectes d'aplicar aquesta clàusula o d'incloure aquesta possibilitat en l'acord sobre la reorganització empresarial, l'empresari com he dit, no podrà recórrer a la seua aplicació.

⁴⁵⁹ ALBIOL MONTESINOS, I, "Medidas Laborales extraconcursales de reestructuración y saneamiento de empresas", en D.A, "XVI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social", op.cit, pàg. 30.

⁴⁶⁰ II Conveni Col·lectiu General de derivats del Ciment, 2001-2005. BOE nº235, 1 octubre de 2001. Art 63. Entre altres situacions podran aplicar l'esmentada clàusula quan l'empresa estiga tramitant un expedient de regulació d'ocupació que afecte com a mínim el 20% de la plantilla.

⁴⁶¹ ALBIOL MONTESINOS, I, "Medidas Laborales extraconcursales y saneamiento de empresas", en D.A, "XVI Congreso Nacional del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social", op.cit, pàg. 30.

⁴⁶² En relació amb la causa que justifica l'aplicació d'aquestes clàusules, alguns convenis permeten la seua aplicació a efectes d'evitar un desequilibri empresarial major i per tant, no exigeixen necessàriament un desequilibri estructural de l'empresa: XXI Conveni col·lectiu Provincial de les empreses de begudes refrescants de Barcelona, 2003-2004 DOGC 29 de gener de 2004. La disposició general 1ª preveu que podran no aplicar els increments salarials previstos en conveni quan en l'exercici anterior l'empresa hagués tingut uns resultats econòmics negatius o bé una *disminució de vendes que presumiblement podrien generar problemes futurs*.

Abans d'entrar a analitzar altre tipus de mesures que podrà incloure el pla d'acompanyament social, cal dir que si aquests trasllats i modificacions, com a mesures destinades a evitar alguns acomiadaments, són finalment incloses en l'acord de reorganització productiva tindran un caràcter obligatori per a l'empresari⁴⁶³.

5.2) MESURES DE REESTRUCTURACIÓ QUE IMPLIQUEN L'EXTINCIÓ DEL CONTRACTE:

A diferència de les mesures analitzades anteriorment que suposaven el manteniment de la relació laboral, les mesures que analitzarem tot seguit tenen en comú que suposen una ruptura del nexa contractual. Dins d'una reestructuració empresarial i depenent en tot cas de la situació de l'empresa i de les característiques de la plantilla podem diferenciar al menys quatre supòsits diferents que suposaran la ruptura del contracte de treball: la jubilació, la prejubilació, els acomiadaments i les baixes amb incentius. Malgrat que totes aquestes mesures suposen la ruptura del contracte de treball existeixen importants diferències entre elles.

Així doncs, en una reestructuració empresarial no sempre serà possible evitar les extincions i en ocasions aquestes reestructuracions aniran acompanyades d'una reducció de la mà d'obra, la qual cosa no implica que al llarg de les negociacions les parts no puguin reduir el número d'acomiadaments programats inicialment per l'empresari en la seua proposta i tractar que els acomiadaments i les extincions siguen els menys traumàtiques possibles. Precisament per això, al llarg de les negociacions els representants dels treballadors i l'empresari hauran d'analitzar els treballadors que componen la plantilla a efectes de determinar si allò més beneficiós es reconduir les extincions a través del plans de prejubilacions, si és possible pactar indemnitzacions més elevades o si poden acudir a les baixes amb incentius.

Aquest anàlisi de la plantilla amb la finalitat de dur endavant una reestructuració no traumàtica adquireix major sentit si tenim present allò dit en el RD 43/1996. Segons aquesta norma, la reducció de la mà d'obra haurà d'anar acompanyada de mesures destinades a reduir els seus efectes negatius a través de la seua readaptació o reconversió professional. Certament, aquesta no és una pràctica massa freqüent, però les parts hauran d'esforçar-se a tractar de reincorporar el treballador en el mercat de treball i hauran de procurar que les extincions afecten aquells treballadors que menys danys els pot ocasionar l'extinció.

Evidentment, la perduda del lloc de treball genera sempre un dany en el treballador amb independència del seu gènere o l'edat. No obstant això, existeixen determinats col·lectius de risc que la perduda del lloc de treball es pot veure agreujada

⁴⁶³S STSJ, Andalusia, 14 de febrer de 2003, AS 2003/3236, i 9 de juliol de 2004. AS 2004/1304. En contra: STSJ, Comunitat Valenciana, 24 de març de 2004, AS 2004/3117: El Tribunal desestima la demanda contra l'acomiadament presentada pel treballador per entendre que s'ajusta als termes de l'acord. En concret, el treballador entenia que l'empresari havia incomplert els compromisos signats, perquè considera que aquest havia d'haver acudit abans d'extingir el seu contracte a altres mesures previstes en l'acord. El pacte en qüestió sobre l'ERO contemplava el compromís de l'empresa d'intentar reduir el número d'acomiadaments autoritzats, així com el compromís d'adoptar mesures de mobilitat geogràfica o funcional. El Tribunal entén que no consta en l'acord que la mobilitat s'havia d'aplicar amb caràcter preferent a l'extinció i de compliment obligatori per a l'empresari en compte de les extincions acordades i encara que així fos no consta que aquestes mesures ajuden a millor i siguen més efectives per a la finalitat perseguida per l'ERO.

per les dificultats reals que tenen per a incorporar-se en el mercat laboral o romandre en ell. És per això que els representants dels treballadors hauran d'analitzar amb cura els criteris de selecció utilitzats per l'empresari i podran plantejar objeccions.

La nostra legislació no inclou els criteris que han de tenir en compte a l'hora de seleccionar els treballadors afectats, però en tot cas aquests hauran de ser objectius. Normalment utilitzaran l'edat i la qualificació professional, però res impedeix que a l'hora de seleccionar-los valoren la seua situació familiar o les dificultats que poden tenir per tal de reincorporar-se en el mercat de treball per formar part d'algun col·lectiu de risc. Aquest serà el moment d'analitzar detalladament el contingut del "pla social" i la "proposat d'acomiadament".

2.2.1) ELS ACOMIADAMENTS:

Dins d'una reestructuració empresarial l'acomiadament serà la forma típica d'eixir de l'empresa. De fet, un dels objectius de les negociacions serà reduir el número d'acomiadaments fonamentat en causes empresarials, reduir els efectes negatius que suposa la pèrdua del lloc de treball i en la majoria d'ocasions programar en el temps aquests acomiadaments.

Durant les negociacions de l'expedient, les parts fixaran un número determinats d'acomiadaments i els criteris que utilitzarà l'empresari per a seleccionar els treballadors afectats. Normalment, la individualització dels afectats la realitzarà l'empresari una vegada l'autoritat laboral autoritze l'acomiadament col·lectiu. Tanmateix, res impedeix que durant les consultes les parts opten per concretar els treballadors que seran acomiadats.

Com anticipava anteriorment, els acomiadaments es podran materialitzar de forma immediata o les parts podran programar l'eixida de l'empresa de forma fragmentada, d'aquesta forma tractaran d'evitar una reestructuració dura i traumàtica. El fraccionament dels acomiadaments és una pràctica si més no habitual i de fet en moltes ocasions l'autorització administrativa atorga una vigència dilatada en el temps a l'expedient per tal que durant aquell temps s'escalonen els acomiadaments. Tanmateix, malgrat aquest fragmentant dels acomiadaments, la causa que els fonamenta sempre serà la mateixa: l'expedient.

En algunes ocasions, els acomiadaments es produeixen a través d'una fórmula complexa, perquè van acompanyats d'un dret de retorn⁴⁶⁴. En aquestes circumstàncies,

⁴⁶⁴ Pacte de 7 d'abril de 1997 signat entre SEAT i el comitè intercentres dins del pla de reincorporacions dels treballadors que havien estat afectats per l'ERO 283/1993. El pacte preveia els següents compromisos: 1). Elaboració d'un catàleg de vacants per al personal indirecte, especificant la categoria, l'àrea i les característiques del lloc. 2). Els treballadors que reunesquen les característiques especificades ocuparan les vacants segons les seues categories professionals. 3). Tindran preferència els treballadors de major antiguitat. 3). Si en aquell moment no existeixen vacants adequades per a ells, ocuparan provisionalment altres llocs de treball i conservaran els seus drets de categoria etc. 4). Si el 31 de desembre de 1996 no s'han produït les vacants necessàries, les parts negociaran de nou amb la finalitat de buscar solucions individuals. Empresa XFERA MÓVILES, ERO 71/2001, fins a un màxim de 317 acomiadaments. En aquest expedient es recull una clàusula de retorn que preveu el següent: una vegada finalitzat el termini temporal de duració de l'expedient o quan les necessitats de l'empresa ho justifiquen, dins d'aquell període, l'empresa incorporarà a la seua plantilla als treballadors que hagen optat per acollir-se a la mesura complementària de rescissió amb dret de retorn. El dret de retorn es verificarà de forma directa i automàtica al dia següent del termini de l'ERO i es farà efectiu durant un període de tres

l'empresa es compromet a reincorporar els treballadors acomiadats, una vegada haja finalitzat el període de vigència del contracte. De vegades, aquest dret de retorn pot fer que dubtem sobre si ha existit un acomiadament o una suspensió del contracte. No obstant això, allò cert és que el treballador acomiadat ha causat baixa a l'empresa per una decisió empresarial fonamentada en l'expedient de regulació, allò que ocorre és simplement que l'empresa es compromet a contractar-lo de nou, però accedirà a l'empresa a través d'un nou contracte.

Els treballadors acomiadats a causa de l'expedient tindran com a mínim dret a una indemnització de 20 dies de salari per any de servei, a no ser que les parts hagen pactat una indemnització superior. A més, depenent de la voluntat de les parts, podran tenir dret a altres mesures negociades durant l'expedient destinades a facilitar la seua reincorporació en el mercat de treball: cursos formatius, borsa de treball, dret de retorn etc. A més, els treballadors acomiadats passaran a la situació legal de desocupació, art 208 LLGSS. Segons la norma, la decisió de l'empresari d'extingir aquella relació s'entendrà per ella mateixa i sense necessitat d'impugnació com a causa de la situació legal de desocupació, art 209 LLGSS.

2.2.2) BAIXES AMB INCENTIVUS:

A més dels acomiadaments, les parts poden pactar un pla de baixes. Els plans de baixes i els de prejubilacions es configuren com una eixida no traumàtica de l'empresa, perquè serà el treballador qui decideix adherir-se a ell o no. Aquesta serà doncs, la primera diferència respecte als acomiadaments. Mentre en els acomiadaments, la baixa a l'empresa es produeix per una decisió empresarial, en aquesta ocasió la baixa es produeix pel mutu acord, perquè és l'empresari qui ofereix el pla negociat amb els representants dels treballadors, però serà el treballador qui s'aculla voluntàriament a ell.

A diferència del que ocorre amb els plans de prejubilacions que van adreçats a aquells col·lectius que estan propers a la jubilació, els plans de baixes amb incentius van dirigits a uns col·lectius de treballadors més amplis⁴⁶⁵. A través d'aquesta mesura, l'empresari tractarà de fer atractiva l'extinció del contracte oferint-los unes quantitats elevades i diferents tipus d'incentius per fer atractiva l'eixida de l'empresa⁴⁶⁶. Aquest tipus de mesures hauran de ser acceptada pel treballador.

mesos. L'empresa es compromet a reincorporar 1/3 dels afectats en cadascun dels tres mesos. Tindran preferència els treballadors que han exhaurit l'atur. La reincorporació garantirà la seua antiguitat d'origen, categoria, salari i la resta de condicions del contracte inicial. Acord col·lectiu signat el 16 de juny de 2004 i incorporat a l'expedient 33/2004. TREFILERÍAS QUIJANO, SA: D). Recol·locacions en TRENZAS i CABLES DE ACETO PSC (12 treballadors). L'empresa donarà possibilitat de recol·locació en aquella empresa a 12 treballadors que complequen el perfil de l'empresa, causen baixa en TQ i alta en TYCSA amb contracte indefinit i fent efectiva un indemnització. E). Recol·locacions en GLOBAL, STEEL WIRE, SA (6 treballadors). L'empresa triarà lliurement 5 treballadors que complequen el perfil de l'empresa, causen baixa en TQ i alta en GSW amb contracte indefinit i una indemnització.

⁴⁶⁵ ALBIOL MONTESINOS, I, "Medidas laborales extraconcursales de reestructuración y saneamiento de empresas", en D.A, "XVI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social", op.cit, pàg. 27. La legalitat d'aquesta mesura no planteja problemes segons la jurisprudència, que entén que no queda limitada pel principi de irrenunciabilitat de drets, sempre que la seua causa siga lícita.

⁴⁶⁶ ACORD SOBRE LA REORGANITZACIÓ EMPRESARIAL EN CITIBANK, 30 maig de 2000. <http://www.comfia.net/temas.php>. Les condicions d'aquest pla són les següents: l'adhesió al pla de baixes serà voluntària i el treballador podrà sol·licitar l'assistència d'un representant dels treballadors. L'empresa si considera que existeixen raons de caràcter tècnic o productives podrà rebutjar algunes sol·licituds de

Així doncs, la causa que extingeix el contracte no serà l'expedient, sinó el mutu acord de les parts, art 49.1.a ET. Conseqüentment, si entenen que la relació laboral s'ha extingit pel mutu acord, aquests treballadors no passaran a la situació legal de desocupació. Com preveu la LLGSS no es considerarà en situació legal de desocupació els treballadors que cessen voluntàriament en el treball, art 208.2. Això sí, tindran dret a una indemnització que sobrepassarà l'establerta per als treballadors acomiadats.

2.2.3) LA PREJUBILACIÓ:

Els plans de prejubilació són una pràctica prou estesa entre les nostres empreses i no necessàriament entre aquelles que tenen problemes de viabilitat. De fet, no són poques les empreses que tenen en vigència, en circumstàncies d'estabilitat econòmica, algun pla de prejubilació amb la finalitat de fomentar l'eixida voluntària dels treballadors amb major antiguitat en l'empresa. Tanmateix, malgrat que aquests plans són un recurs habitual en les empreses en crisi o en aquelles que tenen una situació prospera, paradoxalment aquesta institució no es troba regulada ni en la legislació laboral ni en la LLGSS. No passa el mateix amb la negociació col·lectiva, que a través d'acords col·lectius o a través del conveni podem trobar algun tipus de regulació sobre els programes de prejubilació⁴⁶⁷.

Així doncs, a més dels acomiadaments i de les baixes, les parts que es troben negociant l'expedient poden acordar l'extinció dels contractes d'alguns treballadors abans que aquests d'arriben a l'edat de la jubilació a través de la fórmula de la "prejubilació". A diferència d'allò que ocorre amb els plans de baixes, aquests programes van adreçats a uns col·lectius molt determinats: treballadors que no tenen l'edat per tal de jubilar-se, però s'apropen a ella. A través d'aquest programa es tractarà de fomentar l'eixida voluntària i no traumàtica dels treballadors amb major edat a l'empresa.

Com podem observar, la diferència entre les prejubilacions, les baixes, els acomiadaments i les jubilacions radica bàsicament en l'edat i en aquest cas, l'edat com veurem més endavant, no és un criteri discriminatori, sinó un criteri objectiu i raonable si tenim en compte la diferent situació en què es troben aquests treballadors respecte a la protecció social pública. Així doncs, mentre que aquesta protecció es troba a l'abast dels treballadors que es jubilen ordinàriament, estaria propera per a aquells que es jubilen anticipadament i més llunyana per a la resta de treballadors.

baixa. Els treballadors tindran dret a una indemnització de 80 dies de salari prestat sense l'aplicació del límit de 42 mensualitats establert en l'ET. Els treballadors que extingeixen el contracte tindran dret a mantenir els préstecs hipotecaris en les mateixes condicions que tenen els treballadors fins a la següent renovació del tipus d'interès d'aquell préstec. ACORD SOBRE OCUPACIÓ UNISONO. 10 febrer de 2004. <http://www.comfia.net>. Al 2004 VODAFONE va comunicar a UNISONO que finalitzava la contracta del servei d'atenció telefònica. Aquesta situació ha suposat l'extinció de les relacions laborals de 310 treballadors amb contracte d'obra. Davant aquesta situació, l'empresa i els representants dels treballadors han pactat un pla social amb l'objectiu d'adoptar un conjunt d'accions per minimitzar els seus efectes. Entre elles han ofert un programes de baixes d'adhesió voluntària als treballadors amb contracte indefinit. Aquests rebran una indemnització de 45 dies de salari per any de servei.

⁴⁶⁷ MARTÍN VALVERDE, A, "Reestructuraciones de empresas y protección social", en D.A, "XVI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social", op.cit, pàg. 18.

Segons les finalitats buscades per aquests plans, podem dir que els programes de prejubilacions consistiran bàsicament en l'ofertament per part de l'empresa de quanties econòmiques elevades destinades a estimular el cessament a l'empresa, unes quanties que es mantindrien fins que el treballador accedesca a la jubilació ordinària. Aquests plans hauran de fixar clarament el règim jurídic d'aquest programa i establir els requisits, les quanties que rebrà el treballador i el temps durant el qual les rebrà. A més, l'empresari haurà de subscriure el corresponent conveni especial amb la Seguretat Social.

A través d'aquests programes, el treballador causa baixa a l'empresa i aquesta, a través d'aquests plans, es compromet a complementar les prestacions públiques dels treballadors que s'han acollit a aquest programa fins que arriben a l'edat de jubilar-se. És tracta d'una "jubilació programada" on l'empresa acorda el cessament definitiu del treballador i acorda complementar la seua prestació i planificar la cobertura futura del treballador⁴⁶⁸. La prejubilació és doncs, una etapa transitòria entre l'extinció del contracte i la jubilació ordinària, perquè el treballador prejubilat no passa directament de la situació d'ocupat a la de jubilat, entre un estat i l'altre aquest passa per una situació transitòria.

Com explica la doctrina⁴⁶⁹, aquests acords sobre l'extinció es materialitzaran en un "contracte de prejubilació" en el qual es regularà el règim jurídic de la prejubilació. En ell quedarà constància del cessament a l'empresa i es regularà la fase transitòria en la qual queda el treballador fins que accedesca a la jubilació. En concret, haurà de preveure la prestació que rebrà el treballador fins que aquest es jubile, podrà incloure altres gratificacions⁴⁷⁰ que poden rebre aquests treballadors i la resta de prestacions i obligacions⁴⁷¹.

⁴⁶⁸ Així doncs, el pla d'acompanyament social de l' ERO ALIANZAS SEGUROS Y REASEGUROS, SA. N° de registre 5097. <http://www.comfia.net>. 27 juliol de 1999 inclou un programa sobre jubilacions anticipades i altre de prejubilacions. Per una part, els treballadors amb 58 o més anys que tinguen cobert el període de carència en el moment d'accedir a la jubilació, podran acollir-se a aquestes mesures. L'aplicació d'aquesta mesura suposarà l'extinció. L'empresa es compromet a subscriure un conveni especial amb la SS per garantir les bases de cotització. En segon lloc, els treballadors amb 52, 53, 54, 55, 56, 57 anys podran acollir-se a aquell programa. Aquests fins que no compleixen 58 anys romandran en l'empresa. Una vegada compleixen l'edat de 58 anys causaran baixa en l'empresa sota les mateixes condicions que els prejubilats. El pla social negociat entre la direcció de Nissan i UGT i CCOO per a la planta de Cuatro Vientos, Madrid, 18 de juliol de 2005 preveu en el capítol de baixes les següents mesures: prejubilacions dels treballadors majors de 52 anys que rebran el 95% del seu salari net, amb una revalorització anual del 2,5% fins a l'edat de jubilació (60 o 61) i el 91% de la pensió de jubilació que haguera percebut si haguera treballat fins als 65 anys. Aquells que vulguen causar baixa en l'empresa rebran una indemnització de 55 dies de salari sense màxim. <http://www.comfia.net>.

⁴⁶⁹ MARTÍN VALVERDE, A, "Reestructuración de empresas y protección social", pàg. 19 i ALBIOL MONTESINOS, I, "Medidas laborales extraconcursales de reestructuración y saneamiento de empresas" pàg. 27, en D.A., "XVI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social", op.cit.

⁴⁷⁰ STSJ, Andalusia, 3 octubre de 2003, JUR 2003/275897. El Tribunal es pronuncia sobre una reclamació d'un treballador jubilat anticipadament a través d'un ERO en relació amb una gratificació reconeguda en un Acord Marc. Com els pactes de regulació d'ocupació són instruments que vinculen els subjectes afectats per l'acomiadament, hauran de tenir en compte les retribucions expressament previstes en aquell acord. Però en ell, no es troba la gratificació reclamada. De tal forma, que el Tribunal entén que si les parts hagueren volgut incloure aquesta gratificació amb les compensacions que han de rebre els treballadors, així ho hagueren fet. En definitiva, si hagueren volgut reconèixer la gratificació reconeguda en l'Acord Marc als jubilats anticipadament, l'hagueren inclosa en l'acord.

⁴⁷¹ ACORD SOBRE LA REORGANITZACIÓ EMPRESARIAL EN CITIBANK, 30 de maig de 2000. <http://www.comfia.net/temas.php>. Les condicions del programa de prejubilacions són les següent: fins que el treballador arribi als 60 anys, el contracte romandrà en suspens. Durant aquesta etapa, rebrà una

La falta d'una regulació unitària sobre aquesta matèria fa que la prejubilació pugui ser definida de diferents formes i que les parts que negocien l'expedient li atribueixen diferents noms, però malgrat aquesta diversitat de noms el seu funcionament sempre serà igual. En ocasions, aquests "contractes de prejubilació" es defineixen a ells mateixos com "contractes d'extinció del contracte de treball"⁴⁷² i en altres ocasions aquesta "fase de prejubilació" és qualificada com una "situació de suspensió del contracte de treball"⁴⁷³.

Sobre aquestes qualificacions, podem dir que definir la prejubilació com una causa d'extinció ja és discutible, perquè l'art 49 ET no la recull de forma explícita entre les possibles causes d'extinció, però la identificació que alguns expedients fan entre la prejubilació i la suspensió del contracte encara ho és més, perquè la prejubilació és una institució totalment diferent a la suspensió. La prejubilació no és una fase transitòria que comporta la reincorporació del treballador a l'empresa, sinó tot el contrari, ja que una vegada el treballador arriba a l'edat per a poder accedir a la jubilació aquest accedirà a ella.

Així doncs, segons el que hem dit, la causa que provoca l'extinció dels contractes no és l'expedient, sinó el mutu acord de les parts, art 49.1.a ET, perquè és l'empresari qui ofereix un programa de prejubilacions negociat amb els representants dels treballadors, però són aquests qui decideixen adherir-se a ell voluntàriament. Així doncs, els treballadors que extingeixen el contracte de treball i s'acullen a un programa de prejubilació no podran passar, al menys en teoria, a la situació legal de desocupació, art 208.2 LLGSS, encara que el programa regularà les condicions en què quedarà el treballador prejubilat.

Aquesta circumstància provoca una situació de necessitat en el treballador que cal cobrir, ja que en el moment en què extingeix el seu contracte de treball, aquest deixa de percebre les rendes que deriven del treball i alhora no pot percebre la pensió de jubilació, perquè no reuneix els requisits per a accedir a ella i en teoria, tampoc pot rebre la prestació per desocupació. La singularitat d'aquesta institució radica en el fet que la LLGSS no cobreix ni regula de forma específica aquesta contingència, la qual

retribució bruta anual equivalent al 100% del salari brut de Conveni. L'empresa es compromet a subscriure un conveni especial amb la Seguretat Social que inclou l'assistència sanitària, la base de cotització de la qual serà la màxima d'aquelles que preveu la normativa aplicable. Fins que el treballador es jubila anticipadament, l'empresa el mantindrà en alta en el segur mèdic vigent i romandrà vigent la pòlissa de segur de vida. A partir dels 60 anys sol·licitaran la jubilació anticipada.

⁴⁷² MARTÍN VALVERDE, A, "reestructuración de empresas y protección social", en D.A., "XVI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y Seguridad Social", op.cit, pàg. 19.

⁴⁷³ ACORD SOBRE LA REORGANITZACIÓ EMPRESARIAL EN CITIBANK. 30 de maig de 2000. <http://www.comfia.net/temas.php>. L'objecte d'aquest acord és la reducció en Citibank espanya SA de 200 llocs de treball, sense que a aquests efectes es computen les baixes causades sense amortització del lloc de treball. Per tal de complir aquest objectiu les parts han pactat un pla de baixes amb incentius i un pla de prejubilacions voluntàries. En el pla de prejubilacions, les parts defineixen l'etapa transitòria que compren des que el treballador s'adhereix al pla fins que arriba als 60 anys com una "suspensió del contracte de treball". Textualment es diu que fins que el treballador arribi als 60 anys, la relació laboral que vincula el treballador amb l'empresa quedarà en suspens de conformitat amb allò disposat en l'art 45.1 ET. Com a dada interessant, durant aquest període ambdues parts signaran un *pacte de no competència*. Quan arribi als 60 anys, l'empresa sol·licitarà la seua jubilació anticipada i conseqüentment s'extingirà el seu contracte de treball. A no ser que a causa d'una incapacitat permanent total, absoluta o una gran invalidesa la relació s'hagués extingit anteriorment.

cosa fa que la protecció que rep el treballador prejubilat siga la mateixa que rep un treballador desocupat.

En aquest sentit, alguns autors⁴⁷⁴ entenen que les prejubilacions són processos d'extinció de contractes de treball i des d'aquell prisma s'ha d'entendre i no des de l'artificial pretensió de voler considerar-les com una contingència o una prestació de la Seguretat Social. A través d'ella es vol realitzar una distribució irregular de la càrrega de l'atur. Així doncs, el fet de poder connectar les extincions contractuals a determinades prestacions públiques del sistema de la Seguretat Social, art 215.1.3, facilita la digestió social d'un retall de la mà d'obra, presumptament la més cara, per tal d'ajustar la plantilla segons les exigències empresarials de cada moment.

En qualsevol cas, la falta de previsió legal sobre aquesta problemàtica, ens obliga a acudir a altres mesures que no estan pensades per als treballadors prejubilats, ni tenen com a objectiu protegir aquesta contingència. Concretament, allò que es fa es permetre que puguen accedir al subsidi per desocupació, art 215.1.3 LGSS. Segons aquest precepte, els treballadors majors de cinquanta dos anys podran accedir a aquest subsidi, si reuneixen tots els requisits excepte l'edat per a poder accedir a la jubilació. A més a més, el treballador podrà rebre altres compensacions, incentius econòmics o complements d'aquest subsidi a càrrec de l'empresa destinats a estimular l'adhesió del treballador al pla presentat per l'empresa.

Per concloure, només resta per fer una breu reflexió sobre la prejubilació: aquests programes afecten treballadors que no poden jubilar-se, però que tenen una edat propera per a fer-ho. Tanmateix, el trànsit a la situació d'inactivitat no és automàtica i mentre que arriben a l'edat de jubilació rebran els subsidi per desocupació. No obstant això, la prejubilació no suposarà el retir definitiu del treballador del món laboral i aquest, com qualsevol altre treballador aturat, se'n podrà reincorporar de nou. És més, com la resta d'aturats haurà d'estar disponible per a acceptar les ofertes adequades de treball i el rebuig d'aquestes podran suposar la perduda del subsidi, art 47 RD 5/2000, 4 agost.

5.2.4) LA PREJUBILACIÓ: ART 51.15 ET:

Malgrat que és cert que la prejubilació no es troba regulada en les normes laborals o en les de la Seguretat Social, l'art 51.15 ET sembla que es refereix a un supòsit particular de prejubilació. En tot cas, més que regular aquesta institució l'art 51.15 ET esbossa algunes de les exigències en matèria de Seguretat Social que ha de complir l'expedient de regulació d'ocupació que afecte un determinat col·lectiu.

Aquest petita reforma va ser introduïda per la Llei 35/2002, de 12 juliol, sobre mesures per a establir un sistema de jubilació gradual i flexible. L'esmentada norma que va substituir el RDLL 16/2001, de 27 de desembre, estableix un règim de jubilació

⁴⁷⁴ GETE CASTRILLO, P, "La edad del trabajador como factor extintivo del contrato de trabajo", València, Tirant lo Blanch, 2001, pàg. 131. PRADAS MONTILLA, R, "Extinción del contrato de trabajo y prejubilación", AL, 2005, nº18. Pàg. 30. Assenyala que la prejubilació és una situació jurídica que planteja problemes en el nostre Dret, uns problemes que deriven de la seua incompleta regulació. Si bé és cert que existeixen normes que es refereixen a ella, també és cert que l'ordenament jurídic no la defineix ni determina els seus efectes.

anticipada previst per a determinats col·lectius. Els requisits que exigeix l'art 51.15 ET són els següents: l'empresa no ha d'estar incursa en un procediment concursal. En segon lloc, ha de finançar un conveni especial de quotes a la Seguretat Social i en darrer lloc, els treballadors afectats per l'expedient han de tenir com a mínim cinquanta-cinc anys.

Per la seua part, l'art 7 de la Llei 35/2002 ha afegit a la LLGSS una disposició addicional que especifica el contingut del conveni que ha de subscriure l'empresa. Segons aquestes normes, una vegada reconeguda l'extinció, els treballadors passen a la situació legal de desocupació, art 208.1.1.a LLGSS i l'empresari haurà de cotitzar des de la data de l'extinció fins als seixanta-un anys. A partir dels seixanta-un anys, les cotitzacions seran a càrrec del treballador obligatòriament fins als seixanta-cinc anys o fins a la data de la jubilació anticipada.

Per la seua part, el legislador té previst alguns mecanismes de control destinats a evitar que ambdues parts, empresaris i treballadors, puguen pactar uns acords que busquen l'obtenció indeguda de la prestació per desocupació. No hem d'oblidar que l'autoritat laboral haurà de comunicar a l'entitat gestora de la prestació per desocupació l'inici de l'expedient i recaptarà de la Inspecció de Treball un informe sobre les causes de l'expedient o sobre aquelles qüestions que crega necessàries per resoldre les qüestions plantejades, art 51.3 ET. En segon lloc, l'autoritat podrà remetre l'acord signat durant les consultes a l'autoritat judicial, si estima que aquest té com a objectiu percebre indegudament aquelles prestacions, art 51.5 ET.

5.2.5) LA JUBILACIÓ:

A més de les mesures comentades anteriorment, el pla social podrà fomentar la jubilació d'alguns treballadors amb l'objectiu de reduir els efectes més durs de la reestructuració. Segons algun autor⁴⁷⁵, la jubilació com a causa d'extinció podrà suposar una reducció de la mà d'obra o una reducció de costos salarials per rejuveniment de la plantilla i eventual percepció de bonificacions i subsidis. En qualsevol cas, totes aquestes mesures analitzades fins aleshores seran complementaries i no excloent i la seua negociació dependrà en tot cas de la situació de l'empresa i del tipus de treballadors que formen la plantilla.

Abans d'endinsar-nos sobre el tipus de regulació que pot fer un acord d'empresa sobre aquesta matèria, convé destacar que les darreres reformes que s'han produït sobre la jubilació no sembla que tracten de constituir-la com una mesura més que pot ser utilitzada en una reestructuració empresarial. Si analitzem mínimament els diferents tipus de jubilació, ens adonarem que les polítiques d'ocupació vigents tracten d'allargar la vida dels treballadors a l'empresa o facilitar la jubilació dels aturats de llarga duració, mentre que en una reestructuració, possiblement, és busque tot el contrari⁴⁷⁶. De fet, en moltes ocasions els plans socials opten per fomentar l'extinció dels contractes d'aquells

⁴⁷⁵ ALBIOL MONRESINOS, I, "Medidas laborales extraconcursales de reestructuración y saneamiento de empresas", en D.A., "XVI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y Seguridad Social", op.cit, pàg. 28.

⁴⁷⁶ LANDA ZAPIRAIN, JP, "Consideraciones en torno al nuevo enfoque europeo de la resolución "socialmente inteligente" de las reestructuraciones de empresas". RL, 2005, n°6, pàg. 35. Les mesures que hem d'adoptar en el pla social han canviat després del 2001: concretament el règim jurídic de les prejubilacions tendeix a adaptar-se a les directius sobre ocupació comunitàries que són favorables a ajornar l'edat de jubilació i a no fomentar les jubilacions anticipades.

treballadors amb major edat a través de formes no traumàtiques: prejubilacions i jubilacions ordinàries.

La reforma operada per la Llei 35/2002 sobre la “jubilació gradual i flexible” i la Llei 14/2005, 1 juliol sobre les clàusules dels convenis col·lectius referides al compliment de l’edat ordinària de jubilació, són un exemple d’aquesta desconexió entre les polítiques d’ocupació i les polítiques empresarials o amb els interessos subjacents en una reestructuració. Aquests canvis no només ens obligaran a reflexionar sobre el tipus de regulació que pot recollir l’acord sobre aquesta matèria, sinó que a més ens obligarà a pensar sobre la utilitat que pot tenir la jubilació en una reestructuració empresarial a l’hora de reduir costos laborals. Així doncs, començarem per analitzar els canvis introduïts per la Llei 35/2002.

Segons la LLGSS, l’edat ordinària per a poder jubilar-se són els 65 anys, art 161. Una vegada hem arribat a aquella edat, podrem retirar-nos del món laboral si així ho volem i si reunim la resta de requisits. Si optem per aquesta possibilitat, el nostre contracte s’extingirà per la causa prevista en l’art 49.1.f ET. En tot cas, a més de la jubilació ordinària, la Llei 35/2002 ha incidit sobre l’edat de jubilació i ha introduït diferents modalitats de jubilació: la jubilació anticipada, art 160.3 LLGSS, la parcial, art 166 LLGSS i la jubilació gradual i flexible, art 165 LLGSS. En general, aquestes modalitats de jubilacions tracten d’ajornar el retir definitiu del món laboral o facilitar la jubilació dels aturats de llarga duració i per tant, bona part d’aquestes modalitats no seran de molta utilitat quan negociem l’expedient de regulació d’ocupació.

Així és, en el supòsit de la *jubilació anticipada* els requisits exigits per la LLGSS no facilita la seua utilització com un mitjà per a reconduir les reestructuracions, perquè el trànsit de la situació d’ocupat a la situació de jubilat no és automàtica. L’art 161.3 preveu que els treballadors que vulguen accedir a aquesta modalitat de jubilació hauran de reunir els següents requisits: tenir 61 anys, estar inscrits en les oficines d’ocupació durant un termini determinat, tenir un període de 30 anys cotitzats i ha de tractar-se de treballadors que han estat acomiadats.

La jubilació parcial tampoc sembla que fomenti el retir del món laboral, perquè permet que els treballadors que reunesquen tots els requisits per a jubilar-se, excepte l’edat, puguin compaginar la jubilació amb el treball i per tant, romandran en actiu a l’empresa. Així és, a partir dels 60 anys, els treballadors podran rebre una pensió reduïda sense abandonar definitivament l’empresa, encarà que transformaran el treball a temps complet a temps parcial, art 166.2 LLGSS. Ara bé, la jubilació parcial abans dels 65 anys ha d’anar acompanyada d’un contracte de relleu. L’empresa ha de realitzar un contracte de relleu amb altre treballador per tal que realitze la jornada que ha deixat vacant el treballador que s’ha jubilat anticipadament. Aquests requisits compliquen la utilització d’aquesta modalitat de jubilació en una reestructuració⁴⁷⁷.

⁴⁷⁷ Malgrat allò que hem comentat, en algun expedient es pacta aquesta modalitat de jubilació amb l’objectiu de dur a terme una reestructuració no traumàtica: ERO 33/2004, empresa TREFILERÍAS QUIJANO, SA: 1) *Treballadors nascuts entre 1946 i 1947* (20 treballadors) rescindiran el seu contracte amb Trefilerías i romandran en l’atur, posteriorment passaran a una empresa del grup on passaran a la situació de jubilació parcial en complir els 60 anys. Alhora es formalitzarà un contracte de relleu amb els treballadors eventuais de l’empresa. Els treballadors en complir els 65 anys es jubilaran amb el 100% de la base reguladora. 2) *treballadors nascuts entre 1948 i 1949* (35 treballadors) recessió del contracte i atur fins als 60 anys. En complir aquesta edat seran recol·locats i passaran a la situació de jubilació parcial, alhora formalitzaran un contracte de relleu i es jubilaran als 65 anys.

Igual que ocorre en el cas anterior, la *jubilació gradual i flexible* tampoc fomenta la retirada definitiva de l'empresa. En aquests casos, els treballadors podran compaginar un treball a temps parcial amb la percepció de la pensió per jubilació, art 165 LLGS. Tanmateix, a diferència d'allò que exigeixen en la jubilació parcial, en aquests casos no cal realitzar un contracte de relleu.

Per altra banda, com comentàvem anteriorment, els canvis introduïts per la Llei 14/2005, 1 juliol, sobre les clàusules dels convenis col·lectius referides al compliment de l'edat ordinàries de jubilació, tampoc sembla que propicie la utilització de la jubilació dins d'una reestructuració. La Llei 12/2001 va derogar la disposició addicional 10 de l'ET que permetia pactar lliurement edats de jubilació en els convenis col·lectius⁴⁷⁸. Aquesta situació legal va provocar que diferents sentències⁴⁷⁹ negaren la possibilitat que els convenis inclogueren clàusules que feren possible l'extinció del contracte per compliment de l'edat de jubilació (jubilació forçosa).

Tanmateix, la Llei 14/2005 ha canviat aquest plantejament i permet pactar de nou clàusules que possibiliten l'extinció, quan el treballador compleixa l'edat ordinària de jubilació. Però aquestes clàusules ja no tindran un caràcter genèric o incondicional com ocorria anteriorment. La nova disposició addicional dècima de l'ET, que ha estat introduïda per la Llei 14/2005, preveu que aquestes clàusules convencionals han de reunir alguns requisits:

Les clàusules convencionals hauran de vincular-se als objectius de política d'ocupació expressats en el conveni col·lectiu: millora de l'estabilitat en l'ocupació, la transformació de contractes temporals o la contractació de nous treballadors. A més, el treballador afectat per aquesta clàusula ha de tenir assegurat l'accés a la jubilació en la seua modalitat contributiva. Com explica l'exposició de motius: “ Es tracta de conciliar adequadament els drets individuals dels treballadors amb els interessos col·lectius derivats de circumstàncies concretes relacionades amb l'ocupació”.

5.2.5.1) JUBILACIONS I REESTRUCTURACIONS EMPRESARIALS:

A més dels acomiadaments i les baixes que suposaran una ruptura del contracte i el trànsit des d'una situació d'ocupat a una situació de desocupat, trobem altres mesures que suposaran efectivament l'extinció del contracte, però a més comportaran el retir definitiu del món laboral: la jubilació. En el primer grup de mesures, malgrat que els treballadors es troben aturats, no es produeix una retirada definitiva del món laboral, de fet aquests podran tornar a incorporar-se a través del treball per compte aliè o a través del treball per compte propi. En canvi, en el cas de la jubilació el trànsit no serà des d'una situació d'ocupat a desocupat, sinó des d'una situació d'ocupat a la d'inactiu, perquè es tracta de treballadors que ja han complert l'edat per poder jubilar-se. En aquests supòsits es produirà doncs, un retir definitiu del món laboral.

⁴⁷⁸ La Llei 12/2001, 9 de juliol, la seua disposició derogatòria única deroga la disposició addicional dècima de l'ET referida a la jubilació forçosa. Com explica aquesta llei, la disposició addicional de l'ET estimulava l'adopció de mesures dirigides a aconseguir la jubilació forçosa dels treballadors de major edat i la seua retirada del mercat de treball, com a instrument d'una política d'ocupació inspirada en concepcions i basada en realitats demogràfiques i del mercat de treball distintes de les actuals.

⁴⁷⁹ SSTs, 9 de març de 2004, Ar 841. 28 de maig de 2004, Ar 5032.

Tanmateix, després de la breu reflexió feta anteriorment, podem dir que bona part de les modalitats de jubilació comentades anteriorment no seran de massa utilitat quan negociem un expedient de regulació. No entrarem en detalls sobre els motius que desaconsellen la seua utilització en una reestructuració i només direm que aquestes modalitats no faciliten el retir del món laboral.

Per altra banda, sembla que els acords sobre la reestructuració empresarial no podran preveure la “jubilació forçosa”, perquè aquesta possibilitat està reservada exclusivament per als convenis col·lectius i en les condicions explicades anteriorment. En canvi, sí que podran fomentar la jubilació ordinària a través de diferents ajudes i incentius. Així doncs, la jubilació com a causa d’extinció, 49.f ET, tindrà un caràcter voluntari, perquè serà el treballador qui dega decidir si opta per aquella possibilitat i a més, només serà possible quan el treballador reunesca els requisits fixats en la LLEGSS, art 161.

Una vegada extingit el contracte perquè han arribat a l’edat ordinària de jubilació, el treballador passarà directament de la situació d’ocupat a la de jubilat directament, el trànsit serà automàtic. Això sí, quan els treballadors afectats per l’expedient decideixen extingir el contracte perquè reuneixen els requisits per a poder fer-ho i perquè l’acord col·lectiu fomenta aquesta possibilitat, hem d’entendre que allò que extingeix el contracte no és l’expedient, sinó la jubilació, art 49.f ET. Com raona un tribunal⁴⁸⁰, en aquest supòsits l’acord sobre l’acomiadament col·lectiu s’allunya del contingut d’extinció típic de l’art 51 ET i es refereix a la causa d’extinció de l’art 49.1.f ET.

L’extinció del contracte perquè el treballador ha arribat a l’edat de jubilació suposarà el trànsit des d’una situació d’ocupat a la situació d’inactiu, amb la qual cosa es produirà la retirada definitiva del món laboral. Aquesta situació generarà una situació de necessitat que serà solucionada a través del reconeixement d’una prestació que substituirà la renda pel treball: la prestació per jubilació. Ara bé, com la jubilació ha estat prevista en un expedient de regulació d’ocupació que pretén fomentar l’eixida definitiva del món del treball, allò més probable és que aquesta prestació siga complementada amb altres incentius o ajudes.

2.3) MESURES QUE ACOMPANYEN LES EXTINCIONS:

Per molt que reduïm l’abast de la reestructuració empresarial, aquesta normalment comportarà uns efectes negatius sobre alguns treballadors, ja que aquests veuran extingit el seu contracte de treball, amb la conseqüent perduda del seu lloc de treball. En aquest sentit, aquesta perduda anirà acompanyada d’una indemnització que en part compensarà aquell d’any. No obstant això, l’acomiadament col·lectiu comportarà uns danys que repercutiran en el mercat de treball i en la societat en la mesura que augmentaran el número d’aturats.

Tenint en compte aquest plantejament, més enllà de les quanties econòmiques que compensen els danys individuals de l’acomiadament, les parts hauran de negociar altres mesures que acompanyen les extincions i que tracten de corregir aquella altra vessant de la reestructuració. En aquest sentit, hauran de negociar mesures que tracten

⁴⁸⁰ STSJ Andalucía, 14 de Febrer de 2003. AS 2003/3236.

de reincorporar el treballador en el món laboral o mesures formatives que milloren la seua capacitat professional i que tracten de facilitar la seua inserció laboral.

Com expliquen des de les instàncies comunitàries⁴⁸¹ “les reestructuracions normalment van acompanyades de costos elevats per als treballadors i per a l’economia local. Mantenir la cohesió social exigeix aplicar polítiques d’acompanyament per a minimitzar els costos socials i promoure la recerca de fonts alternatives de llocs de treball i d’ingressos. Per tant, és essencial garantir una bona gestió de les reestructuracions, les quals han d’obeir a un doble imperatiu: econòmic i social. Cal doncs, esforçar-se perquè els efectes de les reestructuracions tinguen uns efectes el més transitoris i limitats possible sobre els nivells d’ocupació i sobre les relacions laborals”.

Així doncs, la negociació de mesures que acompanyen els acomiadaments i que pretenen reincorporar els treballadors en el món laboral o facilitar la seua reincorporació a través de mesures formatives, responen a allò que coneixem com a “reestructuracions socialment responsables”. Però a més, són necessàries per tal d’evitar el risc d’exclusió social que rodeja a un grup determinat de treballadors que poden ser afectats per les reestructuracions. Podríem dir doncs, que a través d’aquestes mesures: recerca de nous treballs i mesures formatives, es tracta d’equilibrar la lògica econòmica que impulsa cada vegada més reestructuracions contínues per tal d’aconseguir major competitivitat i la lògica social que pretén “socialitzar aquestes reestructuracions” mitjançant la negociació d’un mínim de mesures que redueixen els efectes de l’acomiadament.

Com comentava, aquestes mesures són importants a l’hora de reduir el risc d’exclusió d’uns col·lectius determinats que poden ser afectats per les reestructuracions empresarials. De fet, alguns estudis comparats⁴⁸² han posat en relleu que, en general, els treballadors acomiadats per causes econòmiques són “treballadors assalariats d’edat madura, poc qualificats i amb molta antiguitat a l’empresa”. Totes aquestes característiques dificulten la seua inserció laboral i per tant, augmenta el risc sobre la seua possible exclusió social. Tant és així, que el Reglament 2204/2002 sobre ajudes estatals per a l’ocupació, recull entre les diferents categories de “treballadors desfavorits” els treballadors majors de cinquanta anys sense treball o que *els que el vagen a perdre*⁴⁸³, un risc d’exclusió que possiblement augmentarà, si l’acomiadament afecta dones en edat madura.

⁴⁸¹ Comunicació de la Comissió “reestructuracions i ocupació. Anticipar i acompanyar les reestructuracions per a desenvolupar l’ocupació: el paper de la UE. Brussel·les, 31 de març de 2005. COM (2005) 120 final. Pàg. 2.

⁴⁸² MORIN MARIE-LAURE VICENS CRISTINE, “Despido económico, flexibilidad empresarial y estabilidad del trabajador. Lecciones de una comparación europea”, op.cit, pàg. 52: l’article en qüestió és fruit d’una investigació comparada efectuada en quatre països (Alemanya, Espanya, França i Itàlia en relació amb el risc d’exclusió social que causen els acomiadaments econòmics i la situació en la qual queden els treballadors acomiadats). Els autors destaquen que malgrat que els acomiadaments per causes econòmiques són relativament poc nombrosos, les característiques de les persones afectades els confereix una importància fonamental, sobretot respecte de les categories més vulnerables. Aquelles sobre les quals l’acomiadament pot ocasionar major risc d’exclusió.

⁴⁸³ ÁLVAREZ ALEDO, C, “Políticas activas de creación de empleo y colectivos con desventajas”, Economistas, 1996, n°70, pàg. 28. Aquest autor comenta que els processos de reconversió industrial, substitució de treball per capital i en algunes ocasions de treball indefinit per treball temporal, han provocat que treballadors majors de 45 anys amb experiència perguen el seu treball o accepten una jubilació anticipada. Aquesta situació s’ha convertit en un problema general que requereix diferents mesures: mecanismes que permeten augmentar la seua inserció laboral mitjançant mesures de reciclatge, mesures de foment de la seua contractació i mesures que *retarden l’acomiadament* de part dels

Així doncs, que en la majoria de casos aquests treballadors es convertiran en aturats de llarga duració, ja que normalment els consideraran com a treballadors poc productius. Tanmateix, les parts que negocien el projecte d'acomiadament podran tractar de reduir aquests riscos mitjançant la negociació de diferents mesures. Seguint amb aquest plantejament, començarem per les mesures que tracten de reincorporar els treballadors en el món laboral i posteriorment tractarem les mesures que tracten de facilitar-los el reciclatge professional.

Respecte al primer tipus de mesures, cal dir que en una reestructuració empresarial, la negociació de mesures que fomenten la reincorporació del treballador en el món laboral no necessàriament han d'anar dirigides a buscar la seua reincorporació sota la fórmula del treball per conte d'altre. Les parts poden incloure en el pla social algunes mesures que tracten de reincorporar alguns treballadors per conte propi a través d'algunes ajudes que pot oferir l'empresa. Aquesta és evident una opció més i segurament no és la millor de totes, però no hem d'oblidar que la motivació a l'hora de buscar un treball no és suficient i l'edat avançada o l'escassa qualificació dels treballadors o pertànyer a un sector en declivi, pot dificultar la llavor de reincorporar-se en el món laboral.

En aquest sentit, per reduir les elevades taxes d'atur que ens han precedit als darrers anys, des de les instàncies públiques han començat a fomentar tant el treball per conte d'altre com l'autònom. Tenint en compte aquesta realitat i amb l'objectiu de facilitar la reincorporació dels treballadors acomiadats en el mercat de treball, les parts poden acordar en el pla social la possibilitat d'assessorar legalment i a nivell professional els treballadors que decideixen instal·lar-se per compte propi⁴⁸⁴. Alhora, l'empresari pot assumir el compromís de donar prioritat a l'hora d'assignar quotes dels seu mercat a les noves empreses creades per aquests treballadors⁴⁸⁵. En qualsevol cas, totes aquestes mesures tindran un caràcter voluntari, perquè serà el treballador qui d'aculla a les mesures proposades en el pla social.

A més de reconduir les extincions a través de les jubilacions o de les baixes, les parts podran acordar en el pla social un dret preferent de reincorporació a l'empresa dels treballadors acomiadats. De fet, la Recomanaió n°166 de la OIT suggereix que els treballadors afectats per acomiadaments per causes empresarials han de gaudir de certa prioritat a l'hora de ser readmesos, si l'empresari contracta treballadors amb qualificacions comparables i sempre que aquests expressen el seu desig de tornar a l'empresa en un termini determinat, art 24.

treballadors amb antiguitat en el sector. La conveniència d'aquestes mesures es basa en la necessitat d'aturar els processos de desqualificació derivats de la disminució del número de treballadors amb major experiència en algunes activitats i per la caiguda del nivell d'ocupació que han de cotitzar.

⁴⁸⁴ PLA ACOMPANYAMENT SOCIAL ERO ALIANZA Y REASEGUROS, SA, N° registre 5097. 29 de juliol 1999. <http://www.comfia.net/temas.php?>. L'esmentat pla preveu la possibilitat de reconvertir la relació laboral en mercantil, amb la qual cosa poden realitzar la seua activitat en l'àmbit dels agents de segurs o professionals lliures. Les condicions serien les següents: indemnització equivalent al 50% de la indemnització de 45 dies amb el límit de 42 mensualitats, i compensació econòmica que suposarà un percentatge anual sobre els conceptes del conveni. Si l'empresa es troba obligada a rescindir el contracte mercantil abans d'un termini determinat, haurà d'abonar-li una indemnització.

⁴⁸⁵ SERRANO GARCÍA, JM, "El plan social en los despido colectivos", op.cit, pàg. 299

Aquesta mesura, malgrat que no és habitual, s'ha aconseguit incloure en alguns acords produïts durant les negociacions de l'expedient⁴⁸⁶. Com a exemple, podem exposar una de les clàusules de l'acord signat en la darrera reestructuració empresarial de SEAT⁴⁸⁷. En aquella clàusula es preveu l'acomiadament de 660 treballadors, els quals podran triar entre dues opcions: la primera consisteix a obtenir una indemnització de vint dies de salari amb un màxim d'una anualitat i un mínim de 12.000 euros i gaudir d'un dret preferent de reingrés a l'empresa a partir dels 18 mesos fins als 24 mesos.

La segona opció consisteix a rebre una indemnització de 45 dies amb un màxim de dues anualitats i un mínim de 12.000 euros i un pla a través d'empreses de recol·locació. L'empresa ha de plantejar tres ofertes de treball abans de nou mesos amb un sou mínim equivalent al 85% del salari actual i a menys de 25 km del domicili de l'afectat. També es preveu la possibilitat d'acollir-se a un pla de baixes amb un dret de reingrés temporal.

Així doncs, teòricament, l'empresa es converteix en el principal responsable de la inserció laboral dels excedents de plantilla. Tanmateix, aquesta clàusula i el contingut de l'acord de SEAT no és massa habitual i s'ha produït després d'unes llargues i conflictives negociacions. Possiblement aquest acord que ha aconseguit reduir els acomiadaments de 1346 a 660, ha seguit possible gràcies a dos fets: una posició comuna

⁴⁸⁶ Pacte de 7 d'abril de 1997 signat entre SEAT i el comitè intercentres dins del pla de reincorporacions dels treballadors que havien estat afectats per l'ERO 283/1993. El pacte preveia els següents compromisos: 1). Elaboració d'un catàleg de vacants per al personal indirecte especificant la categoria, l'àrea i les característiques del lloc. 2). Els treballadors que reunesquen les característiques especificades ocuparan les vacants segons les seues categories professionals. 3). Tindran preferència els treballadors de major antiguitat. 3). Si en aquell moment no existeixen vacants adequades per a ells, ocuparan provisionalment altres llocs de treball i conservaran els seus drets de categoria 4). Si el 31 de desembre de 1996 no s'han produït les vacants necessàries, les parts negociaran de nou amb la finalitat de buscar solucions individuals.

⁴⁸⁷ SEAT es va integrar al grup AUDI el 2002, el mateix any en què va decidir traslladar el 10% de la producció a Eslovàquia. Tanmateix, els problemes continuaren: al 2004, davant la disminució de beneficis, va optar per introduir mesures de flexibilitat laboral que van ser introduïdes en el conveni que negociaven. Al 2005 l'empresa va plantejar la necessitat de negociar un expedient de regulació d'ocupació. Després d'unes complexes negociacions aconseguiren pactar un acord que reduïa els acomiadaments de 1346 a 660. A més, l'acord preveu que si les mesures de flexibilitat no són suficients, l'empresa s'abstindrà durant el 2006 de tramitar un nou expedient, una vegada passat aquest termini i en funció de la situació podrà adoptar noves mesures. En qualsevol cas, el pla social ha aconseguit rebaixar els acomiadaments de 1346 a 660 i ha previst les següents mesures: A). 296 treballadors afectats per les següents mesures: jubilacions forçoses a partir del 65 anys. Excedències voluntàries entre 2 i 5 anys amb dret de reincorporació sota les mateixes condicions laborals i compensació de 6000 euros bruts per treballador i any treballat. Baixes amb incentius i amb preferència de reingrés entre 2 i 5 anys i una indemnització de 12.000 euros bruts anuals. Baixes definitives amb Indemnització de 45 dies amb un màxim de 42 mensualitats i de 78.000 euros. Suspensió temporal de contactes de treball a partir dels 60 anys. B). 390 treballadors es beneficiaran de la borsa d'hores en 5 dies més i la condonació d'altres 5 per part de l'empresa. La borsa s'estableix en 35 dies, actualment és de 30. C). Indemnització de 20 dies, amb un màxim d'una mensualitat i un mínim de 12.000 euros. Reingrés preferent a partir dels 18 mesos i fins als 24 mesos. Indemnització de 45 dies amb un màxim de dues anualitats i un mínim de 12.000 euros. Pla a través d'empreses de recol·locacions. El pla social costarà a l'empresa 3.000 euros i anirà acompanyat d'un pla industrial que inclou 3.000 milions d'euros fins al 2010. El País, 17 desembre, pàg. 62. ACORD de 16 de juny de 2004 incorporat a l'expedient 33/2004. TREFILERIAS QUIJANO: preveu les següents recol·locacions: A). Recol·locacions en TRENZAS y CABLES DE ACERO (12 treballadors): l'empresa donarà possibilitats de recol·locacions a 12 treballadors que complisquen el perfil de l'empresa i triarà 6 treballadors per a ser recol·locats en STEEL WIRE. A més, l'acord preveu que en cas de tancament de l'empresa, aquesta optarà per la recol·locació en una empresa de Cantàbria o indemnització de 45 dies de salari.

de les dues gran forces sindicals a l'empresa davant la reestructuració. Recordem que CGT s'ha desvinculat de l'acord. I per altra part, alguna contribució ha pogut tenir en aquest resultat final, el fet que el sindicat alemany IG Metall es troba present en el Consell de Vigilància de Volkswagen.

En qualsevol cas, hi ha més d'una forma de dur endavant aquest suggeriment recollit en la Recomanació de l'OIT, però una de les possibles podria consistir a crear una borsa de treball. En aquest sentit, les parts podrien crear una borsa de treball formada per aquests treballadors, i els cridarien de nou en funció de les necessitats de l'empresa⁴⁸⁸. Per tal d'assegurar el bon funcionament d'aquesta borsa, és convenient que les parts acordaren en el pla social els requisits que han de reunir els treballadors per a formar part de la borsa, l'ordre que cal seguir a l'hora de cridar a aquests treballadors, el seu funcionament, si estan obligats a realitzar determinats cursos que ajuden el seu reciclatge i evidentment, les condicions que s'han de donar per poder reincorporar-se a l'empresa.

Respecte d'aquesta darrera qüestió, les parts podrien haver acordat l'exigència que els treballadors que gaudeixen d'aquest dret preferent realitzen determinats cursos de formació per poder reincorporar-se quan siguin cridats. Aquesta condició no planteja problemes. Ara bé, l'accés de nou a l'empresa no podrà estar condicionat a la devolució de la indemnització que han rebut els treballadors, al menys respecte d'aquella part que té naturalesa de dret necessari mínim⁴⁸⁹.

També amb l'objectiu d'aconseguir l'eficàcia d'aquesta borsa de treball, les parts durant les negociacions poden pactar la creació d'una *comissió de seguiment* de l'acord col·lectiu. La funció principal de la comissió consistiria a vetllar pel compliment de totes les mesures recollides en el pacte. A més, vigilaria que els trasllats, modificacions i la resta de mesures es realitzen d'acord amb els termes pactats i evidentment controlaria el funcionament de la borsa de treball. A efectes de vigilar el compliment de l'acord, l'empresa els deuria transmetre determinada informació sobre les seues previsions. En concret, sobre noves contractacions, noves subcontractacions, sobre els llocs amortitzats i les vacants a l'empresa.

⁴⁸⁸ ACORS SOBRE L'OCUPACIÓ EN UNISONO. 10 febrer de 2004. En <http://www.comfia.net>. El Pla social inclou un pla de baixes per als treballadors amb contracte indefinit i una borsa de treball per als treballadors amb contracte temporal. La borsa estarà gestionada per una comissió paritària. L'esmentada borsa tindrà com a objectiu la recol·locació dels treballadors en les vacants o en nous llocs de treball que es poden crear en l'empresa. A més, l'empresa es compromet a no realitzar noves contractacions, perquè les vacants es cobriran amb la borsa de treball. Les condicions de treball ofertes per l'empresa seran similars a les que tenia el treballador. L'empresa tractarà de respectar el torn de treball que tenia el treballador. Els criteris per a cridar als treballadors són els següents: antiguitat, càrregues familiars, avaluació del treballador. Els treballadors que quan siguin cridats no accepten l'oferta, deixaran de formar part de la borsa. A més, no podran formar part d'aquesta borsa de treball, aquells que hagen impugnat el seu acomiadament.

⁴⁸⁹ STS, 20 març de 1996, Ar 2303. En contra: STS 21 de gener de 1997, Ar 622, STS, 28 de gener de 1997, Ar 907

En alguns expedients⁴⁹⁰ es preveu la creació d'una comissió. Aquest òrgan serà el fòrum en el qual es realitzarà una adequada valoració i seguiment de l'acord a través de reunions quinzenals. Els representants dels treballadors hauran de ser informats puntualment durant tot el procediment de sol·licituds i baixes acceptades o rebutjades. L'empresa els informará trimestralment sobre la implantació i grau d'avanç aconseguit a través de l'aplicació de la política adoptada de reducció de costos. Els informará de les contractacions i subcontractacions, de les seues causes i de la duració a efectes que la comissió pugua verificar el compliment de l'acord, perquè les parts entenen que a conseqüència de la reestructuració, la incorporació de nous treballadors ha de ser conseqüència d'una necessitat justificada.

Una segona opció en relació amb la borsa de treball, podria consistir no en crear-ne una, sinó acollir-se a la prevista en el conveni col·lectiu. En aquest sentit, les parts poden pactar la inclusió d'aquells treballadors en la borsa creada en la norma convencional. Aquesta darrera previsió té l'avantatge d'augmentar la possibilitat de reincorporar-se en el món laboral, ja que aquesta és una borsa on participen les diferents empreses del sector.

A més d'aquestes mesures, les parts poden pactar alguns compromisos que suposen una limitació dels poders d'organització de l'empresari. Aquestes poden pactar una limitació de la capacitat de l'empresari de fer noves contractacions. Certament, si l'expedient ha posat en relleu l'existència d'un excedent de mà d'obra i l'existència de problemes empresarials, tal vegada no estan massa justificades les noves contractacions. No podem oblidar, que tal vegada l'empresari a través de l'acomiadament ha volgut substituir un grup de treballadors per altres. Per exemple, treballadors indefinits per temporals, treballadors de determinada edat per altres més joves que no suposen tantes despeses, amb la qual cosa amb aquest compromís es voldria frustrar aquella maniobra.

En aquest sentit, en algun acord sobre la reestructuració empresarial les parts han pactat que davant la reestructuració de l'empresa, la incorporació de nous treballadors ha de respondre a una necessitat plenament justificada i sempre davant la impossibilitat de recórrer a treballadors de la plantilla. Alhora es comprometen que l'ús de la contractació temporal ha de respondre a activitats amb una clara limitació temporal. En darrer lloc, pacten que la utilització de les empreses de treball temporal tindrà un caràcter excepcional. En el supòsit d'acudir a aquestes empreses, aquestes hauran d'estar acollides al Conveni estatal d'empreses de treball temporal.

Però a més, aquest compromís pot estar relacionat amb el possible dret de retorn pactat en l'expedient. És a dir, l'empresari i els representants dels treballadors poden haver pactat un dret preferent dels treballadors acomiadats per reincorporar-se a l'empresa o una borsa de treball formada pels treballadors acomiadats. De tal forma, que les futures necessitat empresarials es cobriran contractant de nou aquells treballadors o acudint a la borsa de treball. En definitiva, amb el compromís de no

⁴⁹⁰ ACORD SOBRE LA REORGANITZACIÓ EMPRESARIAL DE CITIBANK. 30 de maig de 2000. <http://www.comfia.net>. Aquest acord que té com a objectiu la reducció de 200 llocs de treball que es produiran a través d'un programa de prejubilacions i altre de baixes. A més, preveu l'obligació de crear "una comissió negociadora per establir un nou marc de relacions laborals". ACORD de 16 juny de 2004 incorporat a l'expedient 33/2004. TREFILERÍAS QIJANO. A més de preveure baixes, acomiadaments, prejubilacions i algunes recol·locacions, l'acord preveu l'obligació d'aportar trimestralment els comptes de l'empresa i la creació d'una comissió de seguiment destinada a controlar el compliment de l'acord i que estarà tutelada per l'autoritat laboral.

realitzar noves contractacions es tractaria de fer efectiu el contingut de l'acord sobre la reestructuració empresarial.

A més d'aquestes mesures que limiten les possibilitats de l'empresari de realitzar noves contractacions, les parts poden assumir determinats compromisos que restringeixen el poder d'organització de l'empresari. Aquests acords tractarien d'assegurar els actuals nivells d'ocupació de l'empresa i limitar el recurs d'aquelles mesures que poden incidir sobre aquells nivells. En aquest sentit, les parts poden assumir el compromís de no acudir de nou a un expedient de regulació d'ocupació durant un termini de temps⁴⁹¹. Poden acordar no externalitzar part de l'activitat productiva durant una època o poden pactar que les funcions dels llocs amortitzats no puguin ser objecte de subcontractació.

Aquests acords no van dirigits a compensar els efectes negatius de les extincions, més aviat tracten d'assegurar i protegir el principi d'estabilitat en l'ocupació dels treballadors. No obstant això, mantinc algunes reserves sobre la possibilitat d'exigir el seu compliment. Considere que aquests acords, en bona part, són un compromís de bones voluntats de les parts, perquè aquestes es comprometen a evitar aquestes mesures que poden afectar els contractes de treball en la mesura de les seues possibilitats. Però si a llarg o curt termini es produeix a l'empresa un desequilibri empresarial que justifica un acomiadament col·lectiu, és a dir, concorre en l'empresa alguna de les causes previstes en l'art 51 ET, pense que l'empresari podria iniciar de nou un expedient de regulació d'ocupació, sempre que es donen els requisits de l'art 51 ET.

5.3.1) MESURES FORMATIVES QUE AJUDEN A REINCORPORAR ELS TREBALLADORS EN EL MERCAT LABORAL:

En una reestructuració empresarial, les actuacions en el terreny formatiu mereixen un anàlisi un poc més detingut. Les mesures formatives no serviran només per atenuar els efectes negatius de l'acomiadament, sinó que a més les actuacions en aquest terreny poden ajudar a reduir l'abast de possibles reestructuracions. En aquest sentit, la UE reconeix que la millor forma d'assegurar la viabilitat de l'empresa i evitar reestructuracions futures consisteix a: anticipar-se al canvi, millorar la capacitat d'adaptació a l'entorn econòmic i *invertir més en capital humà i formació permanent*. Com la mateixa Comissió reconeix, "els programes d'educació i formació realitzen un paper clau a l'hora d'ajudar a crear una economia competitiva i dinàmica basada en el coneixement que afavoresca la mobilitat"⁴⁹².

Així és, la incorporació de noves tecnologies i els canvis importants en els processos de producció requereixen treballadors més qualificats, però també polivalents. Treballadors que puguin adaptar-se a les noves exigències requerides en els seus llocs

⁴⁹¹ ACORD SOBRE LA REESTRUCTURACIÓ EMPRESARIAL DE CITIBANK, 30 de maig de 2000. En <http://www.comfia.net/temas.php?num017>. El Banc manifesta que fins al 30 de juny de 2002 no aplicaran ni l'art 51 ni el 52.c ET, excepte mutu acord de les parts. Pel que fa a l'art 40 ET, el Banc tampoc aplicarà trasllats forçosos col·lectius o individuals. Tot això sense perjudici de l'aplicació de les condicions que sobre aquesta matèria estableix el conveni col·lectiu. No obstant això, aquest compromís està limitat en el mateix acord, perquè en ell es diu que la garantia d'estabilitat en l'ocupació no es mantindrà en els supòsits de força major, fallida, suspensió de pagaments o fusió amb una entitat d'igual o de menors dimensions.

⁴⁹² Comunicació de la Comissió "reestructuracions i ocupació. Anticipar i acompanyar les reestructuracions per desenvolupar l'ocupació: el paper de la UE". COM (2005) 120. final. Pàg. 7.

de treball pels continus canvis que pateix l'empresa i capaços d'assumir els canvis professionals. Això suposa, que a l'hora de reduir els riscos d'estar afectat per una reestructuració, els treballadors han de tenir qualificacions adequades que els permeten el desplaçament dins de l'empresa o el trànsit cap a altres ocupacions⁴⁹³.

Certament, aquesta adaptabilitat dels treballadors ha d'aconseguir-se millorant i adequant la formació professional inicial i continuada dels treballadors, ja que aquest tipus d'actuacions els permet adaptar-se a les noves necessitats empresarials. Evidentment, aquest tipus de formació és important per a tots els treballadors de l'empresa, però esdevé essencial per als treballadors de major edat, ja que són aquests treballadors els que normalment són afectats per una reestructuració empresarial. De tal forma, que aquestes mesures formatives els permet reciclar-se i reconvertir-se professionalment. Evidentment, la formació i el reciclatge de les qualificacions dels treballadors no pot garantir absolutament que aquests treballadors no siguin acomiadats en un futur, però en tot cas, davant una reestructuració empresarial aquestes actuacions els poden ajudar en el seu procés d'inserció professional.

Poc a poc, aquests plantejaments comencen a repercutir en les regulacions estatals. En aquest sentit, en la Llei 56/2003 de 16 de desembre, es diu que entre els objectius principals de la política sobre ocupació destaca l'actuació preventiva enfront l'atur i l'anticipació al canvi a través de mesures formatives destinades a facilitar als treballadors el manteniment i la millora de la seua qualificació professional i en el seu cas, la seua requalificació i adaptació als requeriments del mercat, art 1.c.

Així doncs, podríem dir que l'adaptació de l'empresa als canvis en el mercat i l'assimilació i adaptació d'aquestes a les noves tecnologies que poden afavorir els seus nivells de competitivitat, són objectius que es poden aconseguir de diferents formes: reduint costos laborals o invertint en formació, amb la qual cosa aconseguirien millorar la qualificació d'aquells que treballen en les seues empreses. Podríem dir doncs, que mitjançant la seua readaptació via formativa, els treballadors assoleixen més fàcilment els canvis que poden produir-se a l'empresa.

Alhora, mitjançant la formació continua, les empreses poden tenir uns treballadors amb una formació que s'ajusta millor a les seues necessitats. Així és, perquè l'objectiu de la formació continua és proporcionar als treballadors ocupats la formació que puguin necessitar al llarg de la seua vida laboral amb l'objectiu que aquests obtinguen els coneixements i les pràctiques adequades que en cada moment necessiten les empreses, especialment quan es tracta de col·lectius amb majors problemes d'inserció laboral. És a dir, els col·lectius preferents del Fons Social

⁴⁹³ CASAS BAAMONDE, M^oE, "Formación y estabilidad en el empleo: la formación continuada y su "función preventiva"". RL, 1992-II, n^o24, pàg. 92. Respecte d'aquestes qüestions diu l'autora que davant els canvis tècnics o d'organització, la reconversió professional dels treballadors amb finalitats preventives, no constitueix una específica obligació legal de l'empresari en el nostre ordenament jurídic. Tanmateix, aquests canvis i la permanent adaptació dels treballadors constitueix precisament les causes principals de les necessitats de formació interna de les empreses espanyoles, segons les respostes de les mateixes empreses. En aquest sentit, diu també l'autora, que la formació i la competència dels treballadors no només s'orienta a l'obtenció d'una ocupació, sinó també al seu manteniment, ja que els treballadors no qualificats o desqualificats són els primers candidats a l'atur, els aturats no qualificats tenen majors problemes i poden convertir-se en aturats de llarga duració i la falta de formació produeix, en definitiva, desgraciats efectes d'exclusió laboral i social.

Europeu, art 2 i 5 del RD 1046/2003, 1 agost, pel qual es regula el subsistema de formació professional.

A més, si coneixem els problemes que pot tenir l'empresa i la situació del sector en el qual actua, mitjançant algunes actuacions formatives es podria ajudar a millorar la qualificació d'alguns treballadors i evitar alguns acomiadaments en moments de crisi. Hi ha estudis que han destacat que algunes empreses utilitzen programes formatius dirigits als treballadors que corren el risc de ser acomiadats, perquè la seua qualificació està en desús o perquè pertanyen a un sector en decadència⁴⁹⁴.

En aquest sentit, alguns estudis⁴⁹⁵ destaquen que, als EUA els tres majors fabricants d'automòbils i el sindicat United Autoworkes signaren un acord de protecció dels llocs de treball. L'acord va consistir a incrementar la seguretat en l'ocupació a canvi d'augmentar la productivitat. Les empreses renunciaren als acomiadaments i col·locaren alguns treballadors excedents en "reserves de formació" i altres els traslladaren. Es tractava de perfeccionar les qualificacions professionals i en altres casos reciclar els treballadors acomiadats.

Aquestes actuacions són adoptades des del coneixement dels problemes que rodegen el sector i l'empresa i actuen en aquell nivell, reciclant els treballadors des de l'empresa i adoptant una postura previsor a que pot reduir l'abast de reestructuracions futures. En aquest sentit, el compromís de realitzar aquest tipus de formació podria estar adoptat per la norma convencional⁴⁹⁶.

En altres ocasions, s'opta per traslladar els treballadors a altres sectors de l'empresa o a altres filials del grup. Aquest mecanisme facilita la formació dels treballadors, perquè els permet adquirir una capacitació múltiple i els facilita el trànsit cap a altra ocupació dins de l'empresa o en altres del sector. Aquestes mesures per raons obvies, només són factibles en empreses assentades sobre una pluralitat de centres de treball o en grups d'empreses. En aquest darrer cas, els grups compten amb l'avantatge de poder tenir empreses dedicades a diferents activitats.

No obstant això, segurament cal un major grau de conscienciació empresarial sobre aquesta necessitat. Les empreses, tal vegada deuri en tenir major interès a l'hora d'impulsar les polítiques formatives des de l'empresa destinades a reciclar els seus treballadors i tractar que les seues categories no caiguen en desús. D'aquesta forma, estarien permetent la readaptació d'aquests als nous canvis que es poden produir dins de

⁴⁹⁴ EVANS-KLOCK, C, KELLI, P, RICHARDS, P, "Reducciones de plantilla. Medidas preventivas y de reparación", op.cit, pàg. 57. Japó utilitza fons públics per dur endavant aquests tipus de programes. Aquestes actuacions permeten a l'empresari prevenir les seues necessitats futures de qualificacions i llocs de treball i impartir la formació adequada. Fora de Japó les ajudes de formació en aquest sentit no són tan freqüents, perquè temen sufragar amb fons públics una formació que les empreses realitzarien en qualsevol cas.

⁴⁹⁵ EVANS-KLOCK, C, KELLI, P, "Reducciones de plantilla. Medidas preventivas y de reparación", op.cit, pàg. 60.

⁴⁹⁶ CC del sector de mercats de valors de Madrid, BOCM n°166, art 21. Aquest conveni estableix que les empreses hauran de promoure i impulsar els adequats cursos de formació i reciclatge per aconseguir l'adaptació de la plantilla a les necessitats dels distints llocs de treball. Per tant, cada empresa estarà obligada a constituir un fons amb una quantia de 86 euros anuals per cada treballador indefinit, que es destinarà a cursos de formació del personal o a la subvenció d'estudis acadèmics reglats amb l'objectiu de millorar els seus coneixements professionals. Alhora, aquests fons tindran com a objectiu el reciclatge respecte de les noves tècniques que milloren les funcions desenvolupades per ells.

l'empresa. Pense que en moltes ocasions, aquesta llavor es traslladada als organismes públics. A més, des d'alguns sectors empresarials la formació entesa d'aquesta forma, és vista com una despesa més, no com una inversió que repercutirà a la llarga en la millora de la seua empresa i en la seua competitivitat, en la mesura que aconseguirà tenir uns treballadors més qualificats.

En qualsevol cas, aquestes actuacions empresarial han de produir-se abans que la crisi siga evident i els acomiadaments inevitables, perquè precisament es tracta d'això, d'anticipar-se als esdeveniments i tractar de millorar la formació i qualificació dels treballadors de l'empresa amb l'objectiu de reduir l'abast d'algunes reestructuracions. Una vegada més, cal posar en relleu la importància que té l'anticipació dels canvis i de les crisis. Ara bé, aquesta actuació preventiva requereix conèixer millor els sectors en els quals actuen les empreses, les seues perspectives i els recursos que hem d'utilitzar per afavorir el creixement. En aquest sentit, pense que és molt important seguir les orientacions comunitàries⁴⁹⁷ que recomanen una major "implicació" dels treballadors a l'empresa. De tal forma, que aquests haurien de participar amb l'empresari a l'hora d'elaborar els programes de formació a efectes de mantenir els nivells d'ocupació a l'empresa i la capacitat d'adaptació dels treballadors.

No obstant això, quan els acomiadaments són inevitables, les negociacions amb els representants dels treballadors també han d'abordar la possibilitat que les extincions estiguen acompanyades d'algunes mesures formatives, ja que aquestes podran reduir els efectes negatius dels acomiadaments⁴⁹⁸. En aquest sentit, malgrat que la formació no garanteix la seua incorporació immediata en el món laboral, podríem dir que una adequada formació pot ajudar a aquells que acaben de perdre el seu lloc de treball a incorporar-se de nou en el mercat de treball i evitar possibles situacions d'exclusió social. Com exposen altres autors⁴⁹⁹ "malgrat que l'acomiadament per causes econòmiques provoca l'exclusió del món laboral, no comporta necessàriament l'exclusió social, però comporta factors d'inestabilitat que poden donar lloc a l'exclusió. Una situació que es pot donar per les característiques de les persones, les circumstàncies dels acomiadaments i les condicions en què ix de l'empresa".

Des de les instàncies comunitàries⁵⁰⁰ han posat en relleu que el trànsit dels treballadors d'un sector a altre no es fa automàticament. Les persones acomiadades no

⁴⁹⁷ Com s'ha destacat a través de diferents iniciatives, des de la UE s'està fomentant la importància que té implicar als representants dels treballadors en els processos de reestructuració. Així com la importància que té instaurar una política preventiva en l'empresa a efectes d'anticipar-se als canvis: Llibre verd "Sobre un marc europeu per a la responsabilitat social de les empreses. COM (2002) 366 final: En relació amb les reestructuracions destaquen que en la pràctica, la forma és tan important com el fons per a l'èxit de les reestructuracions. Per tant, cal buscar la participació dels representants dels treballadors. En la mateixa línia es pronuncia la Comissió en: Comunicació de la Comunicació "reestructuracions i ocupació. Anticipar i acompanyar les reestructuracions per desenvolupar l'ocupació". COM (2005) 120 final.

⁴⁹⁸ MONEREO PÉREZ, JL, FERNÁNDEZ AVILÉS, JA. "El despido colectivo en el derecho español", op.cit, pàg. 243. Sobre les mesures formatives posen en relleu aquests autors les crítiques que es poden fer en relació amb la seua efectivitat. Destaquen també, que aquestes crítiques no poden ser contrastades per la seua escassa utilització dins dels processos de negociació ordinaris. Consideren que és necessari incrementar els esforços per dotar a l'aparell productiu de recursos humans millor dotats i això requereix una decidida política de formació professional en sentit ampli.

⁴⁹⁹ MORIN, ML, VICENS, C, "Despido económico, flexibilidad empresarial y estabilidad del trabajador. Lecciones de una comparación europea", op.cit, pàg. 50.

⁵⁰⁰ Comunicació de la Comissió: reestructuracions i ocupació. Anticipar i acompanyar les reestructuracions per desenvolupar l'ocupació: el paper de la UE. COM (2005) 120 final.

necessàriament accedeixen als nous llocs de treball, ja que la localització i les qualificacions professionals no són inevitablement les mateixes. Aquesta situació afecta més concretament els grups més vulnerables, en particular els treballadors poc qualificats. La capacitat de la UE per a mantenir una oferta de llocs de treball per a aquests treballadors és decisiva per a la cohesió social.

Per tant, les parts que es troben negociant l'expedient de regulació haurien de complementar aquelles mesures analitzades anteriorment, amb cursos de formació o amb la contractació d'uns serveis per a la recerca de nous treballs o que orienten laboralment els treballadors acomiadats. Aquests serveis podrien realitzar un perfil del treballador segons la seua formació i experiència i canalitzar possibles ofertes amb l'objectiu de facilitar la seua reincorporació en altres empreses del sector. En definitiva, es tractaria d'articular una sèrie de mesures que faciliten als treballadors la seua reincorporació al món laboral i el seu reciclatge professional. En relació amb aquestes mesures, les parts durant les negociacions poden acordar en el pla social el compromís d'aportar els recursos humans i econòmics necessaris per millorar la formació d'aquests treballadors.

Aquestes mesures formatives pactades en el pla social podrien anar cap a dues direccions en funció dels col·lectius afectats i de la seua capacitació professional. En primer lloc, les mesures formatives acordades per les parts durant les negociacions, poden consistir a millorar la capacitació i qualificació dels treballadors que han vist extingit el seu contacte de treball. O poden anar dirigida a preparar-los per a noves ocupacions. Aquesta segona opció estaria pensada bàsicament per a aquells treballadors que formen part de sectors en decadència i que possiblement han patit una reconversió industrial.

Ara bé, la possibilitat de formar els treballadors en una nova ocupació, tal vegada no siga una mesura molt efectiva si no va acompanyada d'altres ajudes i altres actuacions per part dels poders públics en aquell terreny. Hem de pensar que en molts casos, aquests treballadors tenen una edat avançada, que porten la major part de la seua vida en una activitat concreta i poden tenir problemes per a readaptar-se. Per tant, en aquests supòsits, si les mesures formatives no van acompanyades d'actuacions que busquen atreure noves inversions, nous llocs de treball, en definitiva, que tracten d'activar de nou aquella zona i aquell sector, aquestes mesures no serviran de molt.

5.4) L'OBLIGACIÓ DE NEGOCIAR EL PLA DE VIABILITAT:

Aquells que es troben negociant un projecte d'acomiadament col·lectiu hauran d'analitzar les dades sobre la plantilla i els treballadors afectats. El coneixement d'aquells elements els permetrà estudiar si la polivalència dels treballadors permet acudir a mesures de gestió interna amb l'objectiu de reduir d'aquesta forma alguns acomiadaments.

En aquestes circumstàncies, sembla prou lògic que en el moment d'abordar les formules destinades a reduir el número d'acomiadaments, les parts negociadores treguen a col·lació diferents mesures de gestió interna: trasllats, desplaçaments, modificació de condicions de treball o mobilitat funcional. Però, en un procés de regulació d'ocupació, aquests mecanismes tenen una dimensió més amplia. Aquestes mesures no serviran només per evitar algunes extincions, no seran vistes només com a

mesures alternatives a l'acomiadament, el mateix procés de transformació de l'empresa causat per l'acomiadament ens imposarà la seua utilització.

Efectivament, la reestructuració empresarial causarà un buits en l'organització interna de l'empresa i serà necessari acudir a aquestes mesures de gestió de la mà d'obra, però amb una finalitat diferent. No es tractarà de salvaguardar llocs de treball, es tractarà de reorganitzar l'estructura empresarial. Les funcions atribuïdes als llocs de treball d'aquells que han estat acomiadats hauran de ser distribuïdes. Possiblement serà necessari unificar les funcions d'alguns departaments i altres desapareixeran, amb la qual cosa es crearà un nou organigrama empresarial.

Al marge d'aquestes mesures, el projecte podrà incloure altres formules i propostes que s'hauran de debatre i que tractaran de reviscolar l'empresa: descentralització productiva, amb la qual cosa l'empresa es reservarà l'activitat bàsica i externalitzarà part del procés productiu. Innovacions o millores en els productes o les propostes poden consistir a especialitzar-se en altres facetes de la seua activitat més beneficioses i amb més èxit i desfer-se d'aquelles més ruïnoses o poden consistir en la recerca de noves inversors destinades a reviscolar i assegurar la continuïtat del projecte empresarial. Diversificació dels mercats, o introducció de nova tecnologia en l'empresa⁵⁰¹. Segurament, aquestes propostes referides a la nova organització empresarial estaran incloses en el projecte de viabilitat i com la resta de documents que formen la proposta d'acomiadament hauran de ser sotmeses a negociació amb els representants dels treballadors. Lògicament, aquests podran plantejar objeccions i propostes en relació amb aquesta nova reorganització.

Una darrera possibilitat destinada a salvaguardar la viabilitat futura de l'empresa i assegurar l'ocupació futura consistirà en la compra de l'empresa pels treballadors. Aquesta possibilitat segurament no formaria part del projecte de viabilitat, però seria una possibilitat més a tenir en compte a l'hora de negociar la continuïtat del projecte empresarial. Tenint present que es tracta d'una empresa en crisi, amb problemes econòmics greus, no sé fins a quin punt aquesta podria ser una bona possibilitat. Sobretot, perquè si els seus titulars no han pogut activar-la de nou amb els instruments que tenien, les possibilitats que ho facen els treballadors no són moltes. En qualsevol cas, és un instrument més que es pot tenir present.

6) LA POSSIBLE COL-LABORACIÓ DE LES DIFERENTS ADMINISTRACIONS A L'HORA DE FER EFECTIVES ALGUNES MESURES DEL PLA SOCIAL:

Després d'analitzar les possibles mesures que han de negociar els representants dels treballadors i l'empresari per tal de facilitar la inserció sociolaboral dels excedents

⁵⁰¹ Acord de 16 de juny de 2004 incorporat en l'expedient 33/2004. TREFILERÍAS QUIJANO. En ell es diu que l'única forma de buscar un projecte industrial en l'empresa que assegure un centre productiu a la Vall de Buelna viable i capaç de generar ocupació consisteix a: establir un model empresarial rendible i és per això que accepten un projecte industrial basat en la producció i venda de 36.000 t dels productes que tenen cabuda en el mercat nacional i internacional. Es renuncia per tant a la resta que es produïa i es venia en l'empresa, perquè la seua producció danya la companyia i l'organigrama funcional, organitzatiu i productiu resultant. A més, per aconseguir la viabilitat de l'empresa cal aconseguir un cost de producció sensiblement inferior al seu preu de venda.

de plantilla i evitar possibles problemes d'exclusió d'aquests treballadors, crida l'atenció dues coses: la primera circumstància que crida l'atenció és que la mateixa situació de l'empresa i la falta de recursos d'aquesta, poden limitar molt el contingut del pla social. De tal forma, que en moltes ocasions les mesures socials més ambicioses: recol·locacions o mesures formatives no es duen a terme.

Per altra banda, aquesta idea enllaça amb altra que també crida l'atenció: no existeix cap connexió entre la gestió de la reestructuració, o si es vol, entre aquestes mesures empresarials i les polítiques actives d'ocupació que tracten de millorar les possibilitats d'accés dels aturats en el mercat laboral o adaptar la seua formació o qualificació, art 23 de la Llei 56/2003, una connexió que per altra banda sembla necessària per poder realitzar reestructuracions socialment responsables.

La situació exposada en les línies anteriors ens obliga a buscar solucions a l'hora de corregir aquestes mancances. Podríem dir doncs, que si algunes de les mesures del pla social no es poden dur a terme, perquè les empreses i els representants dels treballadors no compten amb els mitjans adequats o perquè la situació de l'empresa no ho permet, tal vegada deuríem començar a plantejar-nos la possibilitat que l'Administració i les parts que negocien el pla d'acompanyament social col·laboren a l'hora de dur endavant algunes de les mesures que formen part d'ell.

Aquesta desconexió entre la gestió de la reestructuració i les polítiques actives d'ocupació o aquesta falta de col·laboració amb l'Administració, és conseqüència segurament del paper que juga l'Administració en una reestructuració empresarial. Així és, des del meu entendre, les normes comunitàries i les internacionals permeten que l'Administració realitzi dos tipus d'activitat en relació amb les reestructuracions: una activitat mediatra, a través de la qual buscaria solucions al problema dels acomiadaments i tractaria de mediar entre les parts. O pot limitar-se a realitzar un control de legalitat. Aquesta és la funció atribuïda pel nostre ordenament jurídic a l'autoritat laboral.

Tenint en compte aquestes idees, podem diferenciar dos models d'intervenció de l'Administració: el nostre model, que atribueix a l'Administració facultats de control i el model francès, alemany o italià que atribueix a l'Administració facultats que li permeten influir en la decisió empresarial. Així és, com expliquen altres autors que han estudiat aquests sistemes⁵⁰², a França aquestes facultats es plasmen en diferents mesures: assistència per tal de realitzar les negociacions, concessió d'ajudes públiques o assessorament. Per altra banda, allí existeix allò que es coneix com convenis de readaptació professional⁵⁰³.

⁵⁰² MORIN, ML, VICENS, C, "Despido económico, flexibilidad empresarial y estabilidad del trabajador. Lecciones de una comparación europea", op.cit, pàg. 57 i següents. GOERLICH PESET, JM, "Informe técnico-jurídico sobre: El despido colectivo en la Europa comunitaria", op.cit, pàg. 181 i següents.

⁵⁰³ MORIN, ML, VICENS, C, "despido económico, flexibilidad empresarial y estabilidad del trabajador. Lecciones de una comparación europea", op.cit, pàg. 57 i següents. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F, "El despido por causas económicas en Francia. Estudio especial del despido colectivo", op.cit, pàg. 212. Segons explica aquest autor, una vegada ha conclòs el període de consultes, l'empresari ha de realitzar una entrevista prèvia amb el treballador que pretén acomiadar. En aquesta entrevista, si el treballador té una antiguitat mínima en l'empresa de dos anys, ha d'oferir-li la possibilitat alternativa a l'acomiadament, que consisteix a adherir-se a la "convenció de conversió". Aquest mecanisme és un acord subscrit entre l'empresari, l'autoritat administrativa i l'entitat gestora de la prestació per desocupació. L'adhesió per part del treballador implica l'extinció del contracte de treball per mutu acord,

A Alemanya, les mesures fan referència bàsicament a aplicar mesures actives de readaptació professional i recol·locacions, unes mesures finançades parcialment pels Poders Públics. Alhora, existeix allò que es coneix com “societats de foment de l’ocupació” en virtut de les quals, els treballadors acomiadats cobren un subsidi, però accepten ser transferits a aquestes societats. A Itàlia, on l’Administració també té unes funcions mediadores, existeixen les llistes de mobilitat. És a dir, els treballadors acomiadats per causes empresarials gaudeixen de subsidis i indemnitzacions però, es comprometen a participar en un programa de recol·locacions controlat pels serveis públics de la localitat.

A Espanya en canvi, la sort dels aturats per causes empresarials és molt diferent i no existeix cap col·laboració entre les parts i l’Administració, ni existeixen programes o mesures específiques que tracten de facilitar el procés d’inserció dels excedents de plantilla. Tanmateix, això no impedeix que puguem replantejar-nos l’activitat que L’Administració ha de realitzar en vistes a una hipotètica reforma sobre aquesta matèria, ni impedeix que puguem buscar la col·laboració amb altres administracions, per exemple amb els òrgans locals.

Per altra part, al nostre país la possible col·laboració entre l’Administració i aquells que negocien un projecte d’acomiadament col·lectiu no és una idea massa nova. De fet, ací comptem amb l’experiència de la reconversió industrial, un procés durant el qual col·laboraren les empreses, els sindicats i l’Administració. Així doncs, en relació amb aquesta experiència la Comissió Europea⁵⁰⁴ ens recorda que l’experiència de les reestructuracions més importants a Europa en les indústries del carbó, l’acer o les drassanes han demostrat que aquestes resulten més fructíferes, si en elles col·laboren les autoritats públiques, les empreses i els representants dels treballadors.

Doncs bé, al nostre cas la Llei 27/1984 sobre la reconversió establí que un òrgan designat per l’Administració, elaboraria un projecte de pla de reconversió que hauria de fixar els objectius buscats i les mesures per tal d’aconseguir-los, un pla que havia de ser “negociat” amb les associacions sindicals i empresarials. De tal forma, que una vegada aprovat i despès d’altres tràmits, les empreses acollides al procés de reconversió podien gaudir de les ajudes financers o tributaries establertes en les diferents normes.

Però a més, la Llei 27/1984 preveia la creació del Fons de Promoció de l’Ocupació. Aquest òrgan que tenia personalitat jurídica pròpia i que tenia el caràcter d’entitat col·laboradora de l’Institut Nacional d’Ocupació, tenia les següents funcions: millorar la intensitat de la protecció per desocupació a través de l’ampliació de la seua duració o complementant les prestacions bàsiques. Però a més, aquest col·laborava a l’hora de recol·locar els excedents de plantilla. En aquest sentit, fomentava la creació de nous llocs de treball i per altra banda, fomentava la readaptació professional dels treballadors excedents.

Més recentment, els programes de promoció industrial elaborats per l’Administració de l’Estat recollien diferents tipus d’ajudes destinades a les

rep una indemnització i durant un període de 6 mesos és objecte d’una sèrie de mesures destinades a procurar una nova classificació professional i obté també una prestació econòmica.

⁵⁰⁴ Llibre Verd “sobre la responsabilitat social de les empreses”, COM (2001) 366 final, pàg. 11.

reestructuracions d'empreses. Aquests programes busquen l'adaptació estructural de les empreses i dels sectors industrials a les exigències del mercat a través de les inversions necessàries. Però busquen també, millorar la qualificació professional o tècnica dels recursos humans amb l'objectiu de permetre l'adaptació de les empreses als canvis tecnològics o d'organització. Així doncs, la Llei d'indústria preveu que aquests programes poden instrumentar-se a través de la concessió d'ajudes i incentius públics o adoptant mesures laborals i de seguretat social. Tanmateix, aquestes ajudes s'hauran de sotmetre als límits i condicions establertes en el Dret Comunitari.

Doncs bé, dit açò cal fer alguns aclariments sobre les actuacions establertes en aquelles normes. En general, totes aquestes mesures de naturalesa econòmica o laboral comentades fins aleshores, són considerades com ajudes públiques destinades al salvament i reestructuració de les empreses. Però, aquestes mesures compten amb importants limitacions comunitàries⁵⁰⁵, perquè poden suposar un falsejament de la competència i poden afectar el funcionament del mercat comú per afavorir les empreses a través d'aquestes ajudes estatals.

Per altra banda, inclús algunes ajudes destinades a fomentar l'ocupació en una reestructuració compten amb limitacions. En aquest sentit, el Reglament 2204/2002 preveu que es podran concedir ajudes destinades a mantenir llocs de treballs, és a dir, es podran concedir ajudes financeres concedides a les empreses perquè aquestes no acomiaden els seus treballadors. Tanmateix, aquestes ajudes formen part de les ajudes de salvament i reestructuració de l'empresa en crisi, per tant, també estan subjectes a fortes limitacions.

Així doncs, malgrat els problemes que plantegen les ajudes de salvament i reestructuració d'empreses que es recollien en els plans de reconversió o en els de promoció industrial, comptem amb altres tipus d'ajudes. Certament, les limitacions que acompanyen les ajudes de salvament condicionen la possible participació de l'Administració en relació amb les reestructuracions. Tanmateix, comptem amb altres ajudes que, en principi, no afectaran el funcionament del mercat comú: *les ajudes destinades a la formació o reciclatge professional dels treballadors*.

Podem dir doncs, que aquestes ajudes permeten la col·laboració de l'Administració amb aquells que negocien el pla social. En aquestes circumstàncies, la participació de les diferents administracions no tractaria de sanejar la situació econòmica de l'empresa, sinó col·laborar amb l'empresa i els representants dels treballadors a l'hora de dur a terme algunes de les mesures del pla d'acompanyament social. Recordem que el Fons Social Europeu concedeix ajudes destinades a les següents activitats: formació professional, orientació, desenvolupament de noves fonts d'ocupació o el desenvolupament de sistemes que anticipen els canvis en l'ocupació o en les qualificacions i dóna suport a les iniciatives d'ocupació locals.

6.1) LA COL·LABORACIÓ DE L'ADMINISTRACIÓ LOCAL A L'HORA DE DUR A TERME ALGUNS COMPROMISOS SOCIOLABORALS:

⁵⁰⁵ Directrius de la Comissió de 1999, DOCE, 9 d'octubre de 1999, revisades recentment: Comunicació de 29 d'octubre de 2003, COM (2003) 645 final. Marcador d'Ajudes Estatals, actualització de 2003 presentat per la Comissió, COM/2003/0636 final. Reglament 2204/2002 sobre ajudes Estatals, DO n°L 337, del 13 de desembre de 2002.

Tenint en compte aquestes circumstàncies, hauríem de començar a pensar en algun tipus de mecanisme que permetés la inserció laboral i el reciclatge dels treballadors excedents de les reestructuracions a través de la col·laboració entre les diferents administracions i les parts que negocien els projectes d'acomiadament. Inclús aquest paper "mediador" podria ser desenvolupat per la mateixa autoritat laboral en col·laboració amb altres administracions.

Recordem, que la CE recull que els poders públics promouran les condicions favorables per al progrés social i econòmic i de forma especial realitzaran una política orientada a la plena ocupació. A més, fomentaran una política dirigida a la formació i la readaptació professional, art 40 CE. Per altra banda, l'art 51.1 de l'Estatut d'Autonomia de la Comunitat Valenciana preveu que correspon a la Generalitat l'execució de la legislació laboral, assumint les facultats, competències i serveis que en aquell àmbit i nivell d'execució té l'Estat respecte a les relacions laborals. I en darrer lloc, a través del Decret 5/1985, 15 abril es van traspassar les competències en matèria d'expedients de regulació d'ocupació a la Comunitat Valenciana.

Aquestes normes permeten certa col·laboració entre l'Administració Autònoma i les parts negociadores de l'expedient a l'hora de dur endavant alguns dels compromisos recollits en el pla social. Però també l'administració local podrà col·laborar amb elles per complir amb aquests objectius. Aquest tipus d'actuació pot ser prou útil a l'hora de fer efectives les mesures recollides en el pla social, especialment respecte a aquelles que tracten de col·locar de nou els treballadors acomiadats en el món laboral. D'aquesta forma podríem evitar que els plans d'acompanyament social quedaren reduïts a mesures econòmiques i facilitaríem les reestructuracions socialment responsables.

Tal vegada aquest tipus d'actuació per part de l'autoritat laboral en una reestructuració empresarial, va més enllà del paper que li atribueix el nostre ordenament jurídic. Tanmateix, si l'autoritat laboral no pot col·laborar amb les parts a l'hora de materialitzar aquelles mesures, la resta d'administracions o organismes administratius si ho poden fer.

A més, malgrat que les nostres normes internes impedeixen que l'autoritat laboral col·labore amb les parts sobre aquests aspectes, també és cert que aquest tipus de col·laboració entre l'autoritat laboral i aquells que negocien el projecte d'acomiadament, podria ser compatible amb el paper que el Dret Comunitari o el Dret Internacional li atribueixen a l'autoritat administrativa en una reestructuració empresarial. Al capdavall, la Directiva 98/59 diu textualment "l'autoritat pública competent aprofitarà el termini assenyalat en l'apartat 1 per tal de buscar solucions als problemes plantejats pels acomiadaments col·lectius". Amb major precisió si cap, es pronuncia la Recomanació 166 de l'OIT, ja que preveu el següent: *quan procedesca, l'autoritat competent haurà d'ajudar a les parts a buscar solucions als problemes que plantegen els acomiadaments*, art 19.2.

Possiblement, aquestes normes atribueixen una funció mediadora a l'autoritat administrativa competent. És a dir, que la seua funció consistiria a mediar o arbitrar entre les parts i buscar solucions. No obstant això, considere que tenint en compte els termes d'aquestes normes, cabria una segona interpretació. Podríem entendre que aquestes normes faculden l'autoritat laboral per tal de buscar solucions als problemes

que plantegen les reestructuracions en el mercat de treball i en la societat. En aquest sentit, possiblement l'autoritat laboral deuria buscar formules per tal de reduir l'impacte de les reestructuracions en el mercat de treball, mitjançant la recerca de noves fonts de treball o establint mesures formatives.

Seguint amb aquestes idees, la Recomanació n°166 de l'OIT, estima que l'autoritat competent hauria d'estudiar la possibilitat de concedir recursos financers per sufragar les despeses derivades de les mesures recollides en l'apartat 1. És a dir, que l'Administració podria sufragar part de les despeses destinades a protegir els ingressos durant els cursos formatius, de reciclatge o podria sufragar les despeses que han originat els cursos formatius i la recerca de nous treballs, art 26.1 i 26.2 de la Recomanació. Però a més, recordem que a nivell europeu comencen a insistir molt en la necessitat que les reestructuracions responguen a imperatius econòmics i socials, de tal forma que amb la finalitat de reduir els costos de les reestructuracions que poden ser molt elevats per als treballadors i per a l'economia, cal aplicar polítiques d'acompanyament per tal de minimitzar els costos socials i promoure la recerca de fonts alternatives de llocs de treball i d'ingressos.

Tanmateix, hem de ser conscients que aquest objectiu no pot ser aconseguit exclusivament amb els instruments i les mesures incloses en els plans d'acompanyament social. Inclús en el supòsit que l'empresa en procés de reestructuració tingui la pretensió de tractar de recol·locar els excedents de plantilla, els instruments que aquesta pot tenir per aconseguir-ho són insuficients. És per això, que la col·laboració de l'autoritat laboral o de les altres administracions amb aquells que negocien el projecte d'acomodament pot ser molt útil a l'hora d'aconseguir els objectius exposats anteriorment. En aquest sentit, la possible participació de les administracions locals o d'alguns dels seus organismes pot esdevenir interessant.

Així doncs, en una reestructuració empresarial no estaria de més buscar la col·laboració o participació dels diferents òrgans creats a nivell local a l'hora de buscar formules per recol·locar els treballadors acomiadats o reciclar-los professionalment, i complir d'aquesta forma amb algunes de les mesures incloses en el pla d'acompanyament social. Convé destacar el fet que cada vegada més, les àrees d'economia de les administracions locals estan creant diferents estructures relacionades amb el desenvolupament local: Unitats de Promoció d'Ocupació, Unitats Bàsiques d'Informació Empresarial o Agències de Desenvolupament Local⁵⁰⁶.

Es tracta d'actuacions finançades a través dels Fons Socials Europeus (FSE)⁵⁰⁷. El FSE dona suport al desenvolupament local i als pactes d'ocupació territorials amb la finalitat precisament de facilitar la reincorporació en el món laboral dels aturats i

⁵⁰⁶ Per a més informació sobre les activitats realitzades per aquests òrgans o sobre projectes concrets realitzats a la Comunitat de Madrid consultar la següent obra: MAYORAL LOBATO, J, "Mercado de Trabajo, políticas de empleo y desarrollo local", Madrid, ed. IRMASA, Fundación Universidad-Empresa. 1992.

⁵⁰⁷ Aquestes iniciatives són impulsades des de les instàncies comunitàries: Comunicació de la Comissió del Consell al Parlament Europeu, al Comitè Econòmic i Social i al Comitè de les Regions sobre "Actuació local a favor de l'ocupació. Una dimensió local per a l'estratègia europea d'ocupació". COM/2000/0196 final. En aquesta Comunicació la Comissió reconeix que cada vegada són més conscients de les oportunitats que existeixen a nivell local a l'hora de fomentar l'ocupació. De tal forma, que els Estats comencen a impulsar processos de descentralització administrativa i institucional en les seues polítiques d'ocupació.

reforçar i incrementar alhora la seua formació professional. Així doncs, en una reestructuració empresarial i la conseqüent negociació del projecte d'acomiadament, la col·laboració de les agències de desenvolupament local pot ajudar a complir amb alguns dels objectius del pla d'acompanyament social i reduir els aspectes més negatius de l'acomiadament.

Malgrat que la intermediació laboral correspon als serveis públics d'ocupació, aquests podran establir amb altres entitats acords sobre aquesta matèria. En aquest sentit, cada vegada més, les administracions locals han començat a crear entitats o serveis que es dediquen principalment a les feines d'*intermediació, promoció i suport* al desenvolupament econòmic del municipi. Però no només es dediquen a fomentar el seu desenvolupament econòmic, també poden dedicar-se a la intermediació laboral. És a dir, a realitzar accions que tracten de connectar les ofertes de treball amb els aturats amb la finalitat de proporcionar-los un lloc de treball adequat a les seues característiques.

Entre les funcions principals d'aquestes àrees, destaquen les tasques d'orientació i mediació a l'hora de generar treball. En aquest sentit, la participació d'aquestes entitats locals a l'hora de dur a la pràctica alguns dels compromisos del pla social pot esdevenir de molta utilitat, perquè aquestes es troben més properes a la realitat que afecta la localitat on es troba assentada l'empresa en reestructuració, i això ajudarà a l'hora d'elaborar mesures coherents d'inserció en el món laboral, ja que hem de tenir en compte que aquestes entitats coneixeran les necessitats professionals a nivell local, les mancances dels municipis o les ocupacions amb major demanda.

A partir dels coneixements que tenen les agències locals sobre les necessitats dels municipis més properes i amb la col·laboració de l'empresa i els representants dels treballadors, podran elaborar diferents mecanismes destinats a col·locar de nou aquests treballadors en el món laboral. Aquestes mesures podran consistir a donar assistència a l'hora de buscar treball, la qual cosa suposa ensenyar-los tècniques de recerca de llocs de treball i oferir-los assessorament laboral.

Concretament, les Agències de Desenvolupament Local combinen tots els elements de l'orientació: la informació, l'entrenament en habilitats, la motivació a l'hora de buscar treball i també acorden els passos que cal seguir per trobar treball. En definitiva, tracten d'elaborar una mena "d'itinerari d'inserció" per al treballador a través de la definició dels objectius professionals, la recerca dels recursos propis i la forma d'utilitzar-los de la forma més eficaç.

L'actuació en aquest terreny, pot ser molt interessant si tenim en compte que molts dels treballadors afectats per les reestructuracions tenen una edat avançada i tenen molta antiguitat a l'empresa i aquesta situació els pot dificultar la llavor de buscar i trobar una nova ocupació, ja que poden no controlar adequadament les tècniques o habilitats de recerca de treballs. Tant és així, que aquelles mancances més la desmotivació causada per aquella situació, pot dificultar les seues possibilitats de trobar un nou treball, amb la qual cosa podrien convertir-se en aturats de llarga duració i complicar-se encara més les possibilitats d'inserció.

En relació amb aquests plantejaments, la mateixa Comissió Europea⁵⁰⁸ reconeix que “Europa crea treballs cada dia, però perquè els afectats per les reestructuracions puguin beneficiar-se d’ells, cal millorar el funcionament del mercat laboral, reforçar les polítiques actives d’ocupació⁵⁰⁹, anticipar-se als canvis i posar a disposició mecanismes que faciliten les transicions professionals”.

Seguint amb aquestes idees, la llavor desenvolupada per aquests òrgans locals en relació amb l’orientació professional no es dirigeix exclusivament a tractar d’inserir aquests treballadors sota la fórmula del treball per compte d’altre. A més a més, ofereixen informació sobre el treball per compte propi i assessorament sobre el pla d’empresa i sobre la seua posada en marxa. Inclús podrien donar una assistència tècnica més prolongada. És a dir, que podrien realitzar un seguiment i assessorament continuat amb l’objectiu de donar suport als projectes empresarials.

Aquesta darrera opció, pot comptar amb més possibilitats d’èxit si el pla social recull propostes sobre aquesta possibilitat, per exemple si en ell es recull el compromís d’assignar preferentment a les empreses creades pels treballadors acomiadats quotes del seu mercat. Per altra part, aquest assessorament, seguiment i recolzament pot anar dirigit a fomentar la creació de cooperatives per part dels excedents laborals. Aquests tipus de mesures tenen l’avantatge de permetre no només la inserció d’aquests treballadors en el món laboral, sinó que a més contribueix al creixement econòmic sostenible de la localitat.

En tot cas, aquestes mesures poden ser complementades amb altres de caràcter formatiu. Com ja s’ha comentat, els treballadors afectats per les reestructuracions poden necessitar millorar la seua formació o qualificacions professionals per tal de facilitar la seua reincorporació en el món laboral. Així doncs, res impedeix que aquests òrgans locals puguin completar les seues funcions oferint formació als treballadors acomiadats. En aquest sentit, la Llei 56/2003, de 16 de desembre, preveu que d’acord amb les estratègies d’ocupació, les polítiques d’ocupació hauran de tenir en compte les dimensions locals per ajustar-les a les necessitats del territori. És més, les Comunitats Autònomes hauran d’establir mecanismes de col·laboració i de participació amb les entitats locals a l’hora d’executar els programes i les mesures incloses en les polítiques actives, art 4.

La col·laboració de les entitats locals a l’hora de participar en l’adopció de mesures formatives que acompanyen els acomiadaments pot ser interessant, perquè com he comentat anteriorment, aquestes entitats coneixen les necessitats professionals a nivell local. Aquest coneixement els permet elaborar programes formatius destinats a millorar les qualificacions d’alguns treballadors o en cas contrari, els poden donar la formació necessària per facilitar-los el trànsit cap a altres ocupacions amb major demanda a la localitat o a les localitats més properes. L’objectiu seria doncs, elaborar

⁵⁰⁸ Comunicació de la Comissió “Reestructuracions i Ocupació. Anticipar i acompanyar les reestructuracions per desenvolupar l’ocupació: el paper de la UE”, COM (2005)120 final, pàg. 5.

⁵⁰⁹ Segons l’art 23 de la Llei 56/2003 les polítiques actives són el conjunt de programes i mesures d’orientació, ocupació i formació que tenen com a objectiu millorar les possibilitats d’accés a una ocupació dels treballadors desocupats sota la fórmula del treball per compte propi o d’altre. Així com l’adaptació de la formació i requalificació per a l’ocupació dels treballadors. I en darrer lloc, formaran part de les polítiques actives les mesures destinades a fomentar l’esperit empresarial i l’economia social.

programes formatius coherents amb les necessitats locals destinats a millorar el reciclatge ocupacional.

6.2) LA POSSIBLE COL-LABORACIÓ DE L'ADMINISTRACIÓ PER TAL DE REDUIR L'IMPACTE DE LA REESTRUCTURACIÓ EN DETERMINADES ZONES:

Com sabem, les reestructuracions empresarials no només provoquen efectes negatius en els treballadors acomiadats, la qual cosa ens obliga a idear formules que faciliten la seua inserció sociolaboral a través per exemple, de la col·laboració entre l'Administració i aquells que negocien el pla social. A més, les reestructuracions generen uns efectes col·lectius que repercuteixen en la societat i en el mercat de treball.

És més, en ocasions, la dimensió i l'abast de la reestructuració augmenta quan aquesta es realitza en un territori afectat per nombroses reestructuracions. De vegades, aquestes poden ocasionar un impacte molt dur en algunes localitats i afectar el creixement i el desenvolupament econòmic d'alguns municipis. No és estrany que aquestes reestructuracions danyen el teixit empresarial de la localitat, perquè la reestructuració pot afectar l'activitat d'altres empreses que actuen en ell⁵¹⁰. Aquesta seria doncs, una segona raó que pot justificar la necessitat de buscar vies de col·laboració entre aquells que negocien el pla social i l'Administració, especialment a nivell local.

No oblidem que la responsabilitat social de les empreses compren també la integració de les empreses en el seu entorn local. Les empreses contribueixen al desenvolupament de les comunitats locals proporcionant llocs de treball. De tal forma, que si es comprometen amb el desenvolupament local i amb les polítiques actives d'ocupació, poden atenuar les conseqüències socials i locals de les reestructuracions de grans dimensions⁵¹¹

En aquest sentit, hi ha poblacions com la de Canals, a la Comarca de la Costera, on les contínues reestructuracions d'empreses del sector tèxtil han provocat una greu crisi social i econòmica. Hem de tenir en compte que el 50% de l'ocupació a la comarca de la Costera es troba vinculat al sector tèxtil, un percentatge que augmenta fins al 60% a Canals⁵¹². Aquesta situació requereix la col·laboració de les diferents Administracions, de les empreses i dels treballadors sobretot en relació amb les mesures comentades fins

⁵¹⁰ En un mateix sentit: GONZÁLEZ DE LANA, F, "Regulación de empleo y Administración Laboral", op.cit, pàg. 59.

⁵¹¹ Llibre verd "Fomentar un marc europeu per a la responsabilitat social de les empreses", op.cit, pàg. 12

⁵¹² Rodrigo Sancho, una empresa situada a Canals i dedicada a l'activitat del cuir, va presentar al 2005 un nou expedient de regulació d'ocupació amb la finalitat d'acomiadar 97 treballadors de la plantilla. Una plantilla que des de feia uns anys havia estat reduïda a través de diferents expedients. Malgrat el rebuig del comitè d'empresa i de la Conselleria de Treball als acomiadaments, l'empresa va acudir als jutjats mercantils per incoar un procediment concursal. La situació de la comarca va empitjorar amb els nous acomiadaments de l'empresa Tenerías Argent, amb el trasllat de producció al Marroc de Lois, una situació que va afectar 548 treballadors. I en darrer lloc, no hem d'oblidar que Ferrys ha fet fallida, una situació que afectarà aquesta vegada 600 treballadors. El Mundo, 8 agost del 2004, Levante, 1 octubre del 2005 i el País 29 de juliol de 2005.

aleshores: recerca de noves ocupacions, mesures formatives, reciclatge dels treballadors i mesures destinades a la investigació.

En aquest sentit, tal vegada resulte interessant analitzar breument *l'Acord Marc* que va ser signat entre diferents Ministeris, en relació amb la crisi del sector tèxtil i les reestructuracions d'empreses que començaven a produir-se, ja que en ell també es recollien diferents tipus de col·laboració entre l'Administració i les empreses en reestructuració amb l'objectiu de minimitzar els aspectes més negatius d'aquests processos.

Doncs bé, l'Acord Marc va ser signat pels Ministeris de Treball i Afers Socials, el de Ciència i Tecnologia i l'Observatori Industrial Tèxtil i algunes associacions sindical i empresarials al País Valencià el 2003⁵¹³. Es tracta d'un acord marc al qual es podien adherir les empreses del sector i que tenia com a objectiu enfrontar la crisi del sector tèxtil valencià. Aquesta crisi es preveia que empitjoraria a causa de la liberalització dels mercats que havia de produir-se a partir de l'1 de gener de 2003. L'objectiu era doncs, actuar anticipadament per evitar que les dificultats fruit de la conjuntura es convertiren en situacions de irreversibilitat.

L'acord en qüestió pretenia fomentar l'ocupació dels treballadors del sector a través de mesures formatives que feren possible l'adequació del capital humà al nou entorn empresarial i fomentar la investigació. Amb la finalitat d'atenuar els efectes previsibles de la crisi que afectava el sector i que havia produït diferents reestructuracions d'empreses, les parts acordaren diferents mesures: laborals, formatives i d'investigació.

En relació amb les mesures laborals, l'acord preveia mesures que permetien la suspensió dels contractes de treball per a les empreses amb més del 80% de treball estable. El període de suspensió no podia excedir més de tres mesos anuals. El Ministeri de Treball es comprometia a reposar les prestacions dels treballadors acomiadats després de la suspensió del contracte. A més, l'acord preveia l'ajornament de les quotes a la Seguretat Social⁵¹⁴. Amb aquestes mesures es pretenia que les empreses evitaren els acomiadaments i acudiren a les suspensions dels contractes de treball.

Però en relació amb el tema que ens interessa, la col·laboració de l'Administració en relació amb la recol·locació i les mesures formatives, l'acord preveia les següents mesures: la programació per als treballadors del sector que tingueren suspès el contracte d'un pla específic de formació emparat en la negociació col·lectiva sectorial d'àmbit estatal. Aquest pla havia de ser elaborat amb la col·laboració de les organitzacions sindicals. Posteriorment, aquestes mesures van ser desenvolupades a través de l'Acord entre el Govern Valencià i l'Observatori Industrial Tèxtil⁵¹⁵. En ell es pretenia potenciar l'ocupabilitat d'aquests treballadors a través de mesures formatives

⁵¹³ L'acord del sector tèxtil va ser signat a Albaida, el 21 de novembre de 2003 entre les següents parts: Ministre de Treball, Ministre de Ciència i Tecnologia, President del Consell Intertèxtil espanyol, Federació d'Indústries afins de UGT i Federació d'Indústria tèxtil, pell, químiques de CCOO. <http://fia.ugt.org>.

⁵¹⁴ Segons les dades de l'annex que es basaven en les dades presentades pel mateix sector, la suspensió dels contractes de treball afectaria: 45.000 treballadors. A més es preveia que aproximadament 3.150 treballadors podien patir l'extinció dels contractes de treball.

⁵¹⁵ <http://fia.ugt.org>. L'Acord va ser signat el 21 de novembre de 2003 i la seua duració s'estenia fins al 31 de desembre de 2005.

que els permetera adaptar-se al nou entorn empresarial. A més, l'acord preveia que les mesures formatives dels treballadors amb contractes en suspens estarien acompanyades de compensacions econòmiques.

En darrer lloc, el Ministeri de Treball es comprometia a impulsar, en el marc de la Conferència Sectorial d'Afers Laborals, plans de col·locació perquè la contractació dels treballadors acomiadats del sector fos prioritària. A canvi, l'acord signat entre el Govern Valencià i l'Observatori preveia que les empreses acollides a l'acord, es comprometien a no presentar expedients de regulació d'ocupació ni a extingir contractes per la via de l'art 52.c ET durant la seua vigència. Per tal d'evitar que les propostes signades per l'Administració i la resta de les parts quedaren reduïdes a un conjunt de bones intencions, l'acord preveu una comissió de seguiment encarregada d'elaborar el procediment perquè les empreses es pogueren adherir a l'acord i proposar a l'Administració els criteris necessaris per desenvolupar-lo.

Tal vegada l'acord presenta més d'una mancança i la prova d'això és precisament que el sector tèxtil valencià no ha aconseguit remuntar la greu crisi que afecta el sector en general i que en bona part es causada per la competència dels països asiàtics. En qualsevol cas, l'acord ens pot servir per fixar algunes pautes generals en relació amb aquestes qüestions: la col·laboració de l'Administració en els plans socials o respecte a algunes de les mesures recollides en ells.

7. DIFERENT TIPUS D'INCIDÈNCIES DURANT LES CONSULTES: DISCREPÀNCIES EN LES NEGOCIACIONS I LA VAGA CONTRA L'EXPEDIENT:

Com hem vist fins ara, les consultes amb els representants dels treballadors sobre el projecte d'acomiadament col·lectiu són unes negociacions que poden esdevenir molt àrdues. La quantitat de mesures que es poden proposar i debatre i la diversitat de temes i documents que s'han d'analitzar atorguen a aquesta fase del procediment d'un grau important de complexitat. Però a més, la transcendència que pot tenir el projecte de reestructuració empresarial sobre els llocs de treball d'aquells que possiblement poden estar afectats per l'acomiadament, pot originar diferents tipus d'incidències al llarg de les negociacions, que com a mínim, impediran que aquestes es desenvolupen amb dinamisme i normalitat.

Dins d'aquest clima de conflicte, poden ocórrer diferents esdeveniments. És possible que les reticències a l'hora d'acceptar algunes de les mesures incloses en la proposta empresarial o les diferents visions i posicions respecte al projecte, originen problemes puntuals que impedeixen que les negociacions puguen continuar per bon camí. En aquests casos, les parts poden decidir acudir als procediments extrajudicials per resoldre aquell conflicte i poder continuar les negociacions. O pot ocórrer que aquestes diferències siguin de major envergadura, de tal forma que el conflicte en general serà sotmès a aquests òrgans i finalitzaran consegüentment les consultes. En qualsevol dels dos casos, l'objectiu perseguit serà el mateix: aconseguir un acord col·lectiu sobre la reestructuració empresarial, acceptat per les dues parts que possiblement evitarà discrepàncies i conflictes posteriors.

Ara bé, en altres casos aquest clima de conflicte que pot rodejar les negociacions no es podrà evitar, sobretot, quan els representants dels treballadors o els mateixos treballadors decideixen acudir a la vaga per exercir determinada pressió durant les negociacions d'un expedient de regulació. També en aquest cas, l'objectiu perseguit pot ser el mateix que en el supòsit anterior: aconseguir un acord. És a dir, utilitzant aquesta forma de pressió es voldria aconseguir un acord amb un contingut determinat, es podria buscar una altra eixida negociada a la crisi, o simplement exercir determinada pressió sobre aquells que van a negociar un acord que repercutirà sobre els seus interessos.

Es tracta doncs, d'analitzar aquells esdeveniments que poden impedir que les parts arriben a una eixida negociada a la crisi empresarial, les principals incidències que poden rodejar les consultes i els instruments que poden tenir al seu abast per aconseguir una eixida negociada a la crisi empresarial.

7.1) EL RECURS ALS MITJANS EXTRAJUDICIALS DE SOLUCIÓ DELS CONFLICTES COL·LECTIUS:

Com comentava anteriorment, la complexitat dels temes que s'han d'abordar durant les negociacions, les posicions enfrontades de les parts a l'hora de defensar els interessos subjacents en una reestructuració empresarial o la falta d'enteniment entre ambdues parts, pot ocasionar que les consultes s'enquisten en un problema concret de difícil solució. Aquesta situació pot impedir un desenvolupament més dinàmic de les negociacions i en el pitjor dels casos, aquestes situacions poden desembocar en el fracàs estrepitos de les consultes, amb la qual cosa es frustrarà l'intent de trobar una solució negociada en una reestructuració empresarial.

Per superar aquests obstacles que es poden presentar en qualsevol negociació, i tenint present que sempre serà millor una solució acceptada per ambdues parts que un resultat imposat per l'autoritat laboral, les parts podran acordar acudir als procediments extrajudicials de solució dels conflictes col·lectius. La decisió d'acudir als procediments d'aquesta naturalesa posarà en relleu la bona voluntat de les parts i la bona fe d'aquestes per a negociar i per a arribar a una solució negociada, acceptada i respectada per tots.

En aquest sentit, malgrat algunes excepcions, sempre serà millor una solució pactada entre les parts que una solució imposada per l'autoritat laboral, senzillament perquè a través de les consultes i el pacte, els representants dels treballadors podran millorar el contingut de la proposta presentada per l'empresari i millorar sobretot el pla social. En canvi, si finalitzades les negociacions i a causa de les discrepàncies de les parts aquestes no arriben a un acord, l'autoritat laboral només podrà autoritzar o denegar les extincions en els termes presentats en la proposta empresarial, però no podrà proposar alternatives a les extincions, ni concretar el pla social. Precisament per això, l'articulació d'aquests procediments esdevé tan important durant les negociacions d'un expedient de regulació d'ocupació.

7.1.1) CLÀUSULES CONVENCIONALS D'ADHESIÓ ALS ACORDS INTERPROFESSIONALS:

Com ja s'ha comentat en altres moments, l'actual regulació jurídica dels acomiadaments col·lectius assimila el període de consultes a una negociació col·lectiva a nivell d'empresa. En primer lloc, perquè més que una consulta estem davant una

negociació sobre el projecte d'acomiadament i perquè l'ET fomenta que el conveni estableix clàusules sobre els procediments extrajudicials destinats a resoldre les discrepàncies que poden sorgir durant les consultes entre l'empresari i els representants dels treballadors, art 85.11 ET⁵¹⁶. Amb aquestes previsions ens apropem un poc més a l'objectiu del període de consultes que era i és: aconseguir un acord col·lectiu.

Tanmateix, quan l'ET fa referència a aquestes clàusules convencionals, art 85.1 ET, no concreta massa el contingut que poden tenir ni el seu abast. De l'anàlisi de l'art 85.1 ET cap deduir que qualsevol conveni podrà introduir clàusules sobre procediments extrajudicials de solució dels conflictes col·lectius, ja que l'art 85.1 ET no fa cap restricció sobre aquesta qüestió, i l'art 84 ET no reserva aquesta matèria a cap nivell de negociació concret.

Com tampoc diu res, hem d'entendre que dependrà del conveni establir si el recurs a la mediació i en el seu cas l'arbitratge, és un requisit obligatori o facultatiu. En aquest sentit, durant algun temps la doctrina científica ha discutit la possibilitat d'establir un arbitratge obligatori a través de la norma convencional. Alguns⁵¹⁷ no han vist cap problema en aquesta possibilitat i mantenen que el conveni col·lectiu podria establir procediments de caràcter obligatori o voluntari. Es diu que no hi ha problemes de legalitat constitucional o ordinària en cas d'un arbitratge obligatori que faci referència a un conflicte col·lectiu, jurídic o d'interessos. Ara bé, en el cas de conflictes individuals les possibilitats d'un arbitratge obligatori són nul·les des de la perspectiva del principi de tutela judicial efectiva. Per això, l'art 91 ET els preveu però amb caràcter voluntari.

També serà la norma convencional la que combine aquestes dues formes de solució extrajudicial de conflictes. La norma convencional podrà establir l'obligatorietat d'acudir primer a la mediació i en cas de no avenença acudir a l'arbitratge o podrà

⁵¹⁶ Aquesta possibilitat ja existia amb anterioritat a la reforma de 1994, però la reforma va explicitar aquesta possibilitat: NORES TORRES, LE, "El período de consultas en la reorganización productiva empresarial", op.cit, pàg. 210. C.C d'advocats, procuradors i graduats socials de Cantàbria, BOC 25 d'agost de 2004. Ar 41: Ambdues parts es sotmeten als Acords interprofessionals de Cantàbria sobre solució extrajudicial de conflictes laborals, segon el procediment establert actualment en el Reglament de funcionament del ORECLA. Les parts en conflicte hauran d'acudir a ell en els següent supòsit: Discrepàncies sorgides durant el període de consultes previst en els art 40, 41, 51 ET. C.C del sector de transport de viatgers per carretera de Lleida, DOGC, 31 d'agost de 2004, n°4208, disposició tercera: Dins del període de consultes qualsevol de les parts podran plantejar a través els mecanismes extrajudicials de solució de conflictes (Tribunal Laboral de Catalunya), la seua intervenció en mediació. Sense que això supose una ampliació dels terminis establerts per a les consultes, ni impedeix l'aplicació de la corresponent resolució de l'autoritat laboral competent. En qualsevol cas, l'empresari no podrà executar la seua decisió, fins que l'autoritat laboral corresponent resolga la pretensió. C.C de transport de viatgers per carretera de la província de Caceres, DOE, 12 agost de 2004, n°93: les parts acorden que la solució de conflictes laborals que afecten treballadors i empresaris inclosos en l'àmbit d'aplicació d'aquest conveni, se sotmetran a la intervenció del Servei Regional de Mediació i Arbitratge d'Extremadura en els següents supòsits: conflictes sorgits durant el període de consultes, art 51. En un mateix sentit: C.C del comerç del metall de Badajoz, DOE, 24 de juny de 2004, n°73, art 35. C.C del sector de Consignataris de bucs i contractistes de carrega i descarrega de Cantàbria, BOC, 14 de maig de 2003, n°91, art 37: davant les discrepàncies sorgides durant el període de consultes, art 51, les parts se sotmetran a la intervenció de l'organisme de resolució extrajudicial de conflictes laborals de Cantàbria.

⁵¹⁷ GOERLICH PESET, JM, "El despido colectivo", en D.A, "Comentario a las leyes laborales", op.cit, pàg. 161, i NORES TORRES, LE, "El período de consultas en la reorganización productiva empresarial", op.cit, pàg. 217. SALA FRANCO, T, ALFONSO MELLADO, CL, "Los acuerdos estatal y autonómicos sobre solución extrajudicial de conflictos laborales. Análisis comparativo", Madrid, ed. CES, 1ªedició març del 2001, pàg. 50.

establir només un d'aquests mecanismes per resoldre aquests tipus de discrepàncies. Serà també el conveni el que determine quin òrgan assumirà aquestes funcions.

En qualsevol cas, a l'hora de regular la forma de resoldre els conflictes que sorgeixen durant les consultes, la norma convencional podrà utilitzar diferents mecanismes: atribuir la funció de mediació, conciliació o arbitratge a la comissió paritària del conveni. O podrà incloure clàusules d'adhesió als òrgans de solució extrajudicial de conflictes col·lectius creats pels acords interprofessionals, art 83.2 83.3 ET⁵¹⁸. De fet, les parts signatàries del III Acord valencià de solució extrajudicial de conflictes laborals es comprometen a difondre'l i a promoure la inclusió de clàusules convencionals que regulen la submissió a aquest acord en els convenis, art 1 ASECL-CV.

En relació amb aquesta darrera possibilitat, cal dir que existeixen diversos acord autonòmics que recullen procediments extrajudicials de solució de conflictes col·lectius⁵¹⁹. La proliferació dels acord autonòmics sobre aquests assumptes troben la seua raó de ser en les previsions que sobre aquesta matèria recullen els estatuts d'autonomia. Certament, aquestes normes atribueixen a les comunitats autònomes competències per a executar la legislació de l'Estat en matèria laboral, art 149.7 CE i art 51.1 E.A de la Comunitat Valenciana. Així doncs, que emparant-se en aquesta previsió constitucional, les comunitats autònomes començaren a recollir regulacions sobre procediments extrajudicials de solució dels conflictes col·lectius.

L'extensió de competències sobre aquesta matèria entre les diferents Comunitats no ha generat una regulació uniforme i certament és possible trobar algunes peculiaritats entre aquests acords. En alguns d'ells, exclouen del seu àmbit d'aplicació els conflictes on són part l'Estat, les comunitats autònomes, les entitats locals i els organismes autònoms dependents. En altres casos, el recurs a la mediació és un pas previ per a poder accedir a l'arbitratge: art 12 III acord de la Comunitat Valenciana⁵²⁰. I tots ells estableixen la incompatibilitat de la vaga i el tancament patronal amb el procediment d'arbitratge.

En relació amb els conflictes que neixen durant les consultes, és freqüent que la norma convencional reculli una remissió als procediments de solució extrajudicial de conflictes col·lectius previstos en aquests acords. Aquests procediments consistiran

⁵¹⁸ CC de fabricants de confiteria, pastisseria de Navarra, BON n°168, 2004, art 43: Les parts acorden que la solució de conflictes col·lectius es sotmetran a la intervenció del Tribunal de Solució de Conflictes Col·lectius. Aquest article serveix com a expressa adhesió de les parts a aquell òrgan. En un mateix sentit: CC comerç tèxtil i de la confecció, Badajoz, BOP 12 de maig de 2004, art 36. CC ajuda domiciliària, Cantàbria, BOC 10 de maig de 2004, art 50.

⁵¹⁹ Només a títol d'exemple podem citar alguns d'aquests acords autonòmics: III Acord de Solució Extrajudicial de Conflictes Laborals de la Comunitat Valenciana, 9 de gener de 2001, DOGV n°4070. Acord interprofessional sobre la Creació del Sistema de Solució Extrajudicial de Conflictes Col·lectius de Madrid, el de Catalunya de 7 de novembre de 1990 o el d'Extremadura: ASEC-EX.

⁵²⁰ Existeix prou diversitat en els acords, en relació al grau d'obligatorietat del tràmit de mediació. El cas dràstic és el valencià, que exigeix aquest tràmit per poder accedir a l'arbitratge: art 12 de l'acord valencià. Altre grup d'acords estipulen que la mediació serà obligatòria abans de convocar una vaga i quan una de les parts ho sol·licite o davant l'existència de discrepàncies en el període de consultes: art 4.d de l'ASEC III art 15 del Reglament de Madrid, art 6 i 12 del Reglament de l'acord de Múrcia, i art 12 de l'acord d'Extremadura. Altres acords reconeixen el caràcter voluntari de la mediació o conciliació i conseqüentment exigeixen el consentiment d'ambdues parts: art 10 del reglament de Catalunya, art 8 del reglament de les Balears, amb alguna matisació. Art 14.3 de l'acord de Galícia.

bàsicament en la conciliació, mediació o arbitratge, com a fórmula per a superar els obstacles que impedeixen un acord a l'hora de negociar un expedient de regulació d'ocupació.

7.1.2) LA SOLUCIÓ DE LES DISCREPÀNCIES A TRAVÉS DE LA MEDIACIÓ:

La mediació comportarà la intervenció d'un tercer extern al conflicte, que activament i mitjançant la informació que té proposarà una solució que en cap moment vincularà les parts. Aquestes quan acudeixen a aquest procediment, no assumeixen el compromís d'acceptar la solució donada pel tercer. L'objectiu del mediador consisteix a tractar d'aproximar la posició de les parts i donar una solució que pugui ser acceptada per aquestes. Així doncs, a efectes que el mediador pugui aportar una proposta d'acord, les parts interessades, l'empresari i els representants dels treballadors, hauran de comunicar al tercer el conflicte que ha impossibilitat aconseguir una solució negociada durant les consultes de l'expedient de regulació d'ocupació, hauran d'especificar la seua gènesi i desenvolupament i serà important assenyalar les pretensions de les parts i els seus raonaments.

Pel que fa a com s'ha de desenvolupar la mediació i l'òrgan que l'ha de realitzar, cal dir que el procediment és diferent en funció de l'acord que el regule. Només a títol exemplificatiu podem dir que segons l'ASEC III, la mediació serà desenvolupada per un òrgan unipersonal o col·legiat. Tant l'empresari com els representants dels treballadors podran triar un mediador que haurà de ser aliè al conflicte⁵²¹ i seran els mediadors els que formulen propostes dirigides a solucionar el conflicte i les parts interessades seran les que accepten o rebutgen les propostes d'aquells.

En canvi, el Reglament de solució extrajudicial de conflictes laborals de la C.V⁵²² opta per crear un òrgan permanent amb aquestes funcions. Tenint en compte aquesta previsió, les parts en conflicte es dirigiran formalment al Tribunal de Mediació i Arbitratge laboral, exposaran el conflicte i facilitaran la informació necessària. Però serà el Tribunal el que tracte d'aconseguir l'avenença de les parts moderant el debat i permetent totes les intervencions necessàries. Per tal de facilitar l'acord, el Tribunal podrà formular propostes dirigides a aconseguir una solució negociada del conflicte.

Hi ha qui assenyala algunes diferències entre la conciliació, mediació i arbitratge. És diu que "en la *conciliació* el tercer ha d'esforçar-se per aconseguir un acord de les parts, en la *mediació* el tercer ha d'efectuar una proposta de solució que les parts poden acceptar o no i finalment, en l'*arbitratge*, l'àrbitre fórmula una decisió que

⁵²¹ L'art 12 ASEC III: Estableix que cadascuna de les parts designarà un mediador o podran delegar en el SIMA la designació dels mediadors. El reglament aclareix que si les parts no designen mediador, el Servei Interconfederal de Mediació i Arbitratge es dirigirà a aquelles perquè el designen, i si no ho fan, serà el SIMA el que designe els mediadors. La designació dels mediadors es realitzarà a través de les persones incloses en el llistat aprovat pel Patronat del SIMA. En un sentit similar: art 10 de l'acord de Múrcia, art 9 del reglament d'Aragó, art 15 del reglament d'Extremadura. En altres casos, existeix un Tribunal de mediació, però seran les parts les que designen els mediadors que l'integraran: art 16 del reglament de Cantàbria, i art 13 del reglament de Madrid. Altres acords opten per crear un òrgan "ad hoc" per a cada conflicte: art 15 de l'acord de Galícia. En darrer lloc, altres opten per crear un òrgan permanent destinat a la mediació i a l'arbitratge de determinats conflictes: art 10, 11, 14 de l'acord valencià, art 4 i 5 del reglament de Catalunya, art 10 i 12 del Reglament d'Andalusia, art 3 i 13 de l'acord de Canàries.

⁵²² DOGV nº 4070.

les parts s'han compromès ha acceptar⁵²³. No obstant això, allò cert és que en alguns casos la norma legal no delimita amb suficient claredat els conceptes.

Segons l'art 16 de l'*ASEC III*, si aconseguirem un acord en mediació, aquest haurà de formalitzar-se per escrit i enviar una còpia a l'autoritat laboral. Pel que fa a la seua eficàcia, cal dir que els acord aconseguits en avinença tindran la mateixa eficàcia que allò pactat en conveni col·lectiu, sempre que es donen els requisits de legitimació legalment establerts i dins de l'àmbit al qual es refereix.

Tanmateix, el reglament puntualitza que l'acord tindrà l'efecte d'un conveni col·lectiu d'eficàcia general, quan la suma d'aquells que l'han acceptat siga suficient per atribuir aquella eficàcia en l'àmbit del conflicte, art 17.3. En canvi, l'art 21.1 del reglament de solució extrajudicial de conflictes laborals de la C.V, estima que en els conflictes sorgits durant les negociacions, els efectes de l'acta seran els mateixos que corresponen a l'acord entre l'empresari i els representants dels treballadors. En cas que l'avinença entre les parts no siga possible, aquestes hauran de deixar constància d'aquesta situació en una acta. A més a més, l'*ASEC III* exigeix que l'acta reculla les propostes realitzades pels mediadors, el desacord entre les parts i les seues raons, art 16.2.

Abans de continuar, cal fer una breu matisació sobre la regulació recollida en el *ASEAC III*. En aquell acord sembla que els efectes de l'acord aconseguït a través de la mediació depenen de la legitimitat de les parts, amb la qual cosa l'acord només tindrà efectes de conveni col·lectiu d'eficàcia general, si es donen els requisits de legitimitat, art 87 ET. No obstant això, allò més lògic és pensar que aquest acord produït a través de la mediació tindrà la mateixa eficàcia que pot tenir l'acord produït a través de les negociacions de l'expedient.

7.1.3) LA SOLUCIÓ DE LES DISCREPÀNCIES A TRAVÉS DE LA CONCILIACIÓ I L'ARBITRATGE.

No sempre les normes que regulen els procediments extrajudicials de solució dels conflictes col·lectius delimiten adequadament la mediació de la conciliació. En algunes ocasions, opten per eludir a aquest tràmit, de fet en l'*ASEAC III* només es fa menció a la mediació i a l'arbitratge, art 8. En altres ocasions, la norma recull un supòsit que estaria en mig d'aquest dos conceptes; aquest seria el cas de l'acord valencià sobre aquesta matèria, art 7. En qualsevol cas, la conciliació consisteix a sotmetre la negociació davant un òrgan que tractarà d'aproximar les posicions de les parts amb la finalitat d'aconseguir la seua avinença, però sense fer propostes.

La darrera forma de superar les discrepàncies que poden sorgir durant el període de consultes i aconseguir una solució acceptada per l'empresari i els representants dels treballadors, consisteix en el fet que ambdues parts acorden voluntàriament acudir a un

⁵²³ SUÁREZ GONZÁLEZ, F, "derecho del trabajo: Los conflictos laborales y su solución", Madrid, ed. UNED, 2002, pàg. 80. SALA FRANCO, T, ALFONSO MELLADO, CL., "Los acuerdos estatal y autonómicos sobre solución extrajudicial de conflictos laborales. Análisis comparativo", op.cit. pàg. 60: la diferència essencial entre mediació i conciliació radica en la proposta que reben les parts de l'òrgan o persona que realitza la llavor de mediació o conciliació. Quan més informal siga la proposta, la llavor de la persona que intervé en el conflicte serà essencialment la de propiciar el contacte entre les parts i conciliar. En canvi, quan més capacitat tinga l'òrgan a l'hora de sotmetre a les parts una proposta raonada sobre la qual les parts han de pronunciar-se, més propers estarem de la mediació.

procediment arbitral. Mitjançant aquest procediment, les parts en conflicte decideixen acudir a un tercer i acceptar la solució que aquest dicte sobre el conflicte plantejat.

Tant l'ASEAC III, art 18, com l'Acord Valencià, 22, insisteixen a assenyalar el caràcter voluntari de l'arbitratge. També en el cas d'aquest procediment extrajudicial podem trobar diferències en funció de l'acord que el regule. Així doncs, l'ASEAC III no estableix un procediment de solució extrajudicial escalonat; no obliga les parts en conflicte a acudir primerament a la mediació i en cas de desacord a l'arbitratge. Únicament exigeix que tant l'empresari com els representants dels treballadors ho sol·liciten voluntàriament. En canvi, l'Acord Valencià exigeix que prèviament l'empresari i els representants dels treballadors hagen tractat de buscar una eixida negociada al conflicte a través de la mediació, art 22.

Per altra banda, la forma d'iniciar el procediment arbitral serà similar en la majoria dels casos⁵²⁴. La sol·licitud d'acudir a aquest procediment extrajudicial haurà de formalitzar-se per escrit i més concretament a través d'un compromís o conveni arbitral on les parts accedeixen a acudir a un àrbitre i acceptar el resultat donat per ell. El moment en què les parts han de formalitzar aquest compromís, com hem vist, canvia en funció de l'acord que regule l'arbitratge. Segons l'ASEAC III, les parts podran demanar l'inici d'aquest procediment directament, mitjançant una sol·licitud formal davant el Servei Interconfederal de Mediació i Arbitratge, art 19 i 20. En canvi, en l'Acord Valencià les parts només podran acudir a l'arbitratge una vegada exhaurida la mediació. Així doncs, una vegada finalitzada la mediació sense avenença, el tribunal facilitarà a les parts el llistat d'àrbitres i deixarà constància en l'acta de l'acord d'aquestes d'acudir a aquest procediment.

Tanmateix, el conveni arbitral podrà formalitzar-se en aquell moment o posteriorment, art 22 i 24. El contingut del conveni arbitral o de la sol·licitud és similar tant en l'ASEAC III com en l'Acord Valencià. Tant en un cas com en l'altre, les parts hauran d'indicar les següents qüestions: els subjectes legitimats per a iniciar el procediment i els àrbitres que decidiran sobre el conflicte⁵²⁵ i hauran d'explicar el problema que ha sorgit durant la negociació de l'expedient i que ha impedit arribar a una solució negociada.

Com podem imaginar, les parts han de fer un esforç per posar-se d'acord a l'hora de concretar el conflicte. No obstant això, aquesta llavor es pot complicar per les diferents visions i posicions que tenen les parts dels temes que negocien. En qualsevol cas, hauran d'indicar les seues pretensions i el compromís d'acceptar la resolució arbitral i el termini per a dictar la resolució. Per tal que els àrbitres puguin plantejar una solució acceptada i respectada per l'empresari i els representants dels treballadors, aquests podran sol·licitar la compareixença de les parts, demanar major informació o

⁵²⁴ SALA FRANCO, T, ALFONSO MELLADO, CL, "Los acuerdos estatal y autonómicos sobre solución extrajudicial de conflictos laborales", op.cit, pàg. 75. A diferència del que ocorre en matèria de mediació, a l'hora de regular els procediments de l'arbitratge els diferents acords estableixen una regulació relativament uniforme i això permet un anàlisi més breu i global.

⁵²⁵ En cas que les parts no puguin designar els àrbitres, existeixen diverses possibilitats per a designar-los en funció de l'acord. L'ASEAC III, estableix que si no han designat aquella funció en el SIMA, aquest òrgan presentarà un llistat imparell d'àrbitres i les parts per majoria hauran de descartar successivament i alternativament els candidats fins que quede un únic candidat, art 19.3. En canvi, l'acord valencià soluciona aquest problema a través del sorteig, art 24.3 del reglament.

sol·licitar l'assistència d'experts o tècnics, art 24 de l'Acord Valencià i art 21.1 de l'ASEAC III.

Com anticipava en les línies anteriors, l'òrgan haurà de dictar la resolució arbitral en els terminis pactats per les parts. No obstant això, tenint en compte la complexitat del conflicte, els terminis es podran ampliar. Per altra part, si l'empresari i els representants dels treballadors no han pactat un temps per a dictar la resolució, l'òrgan arbitral tindrà un termini de deu dies hàbils, art 25 Reglament de l'acord valencià i art 21.2 de l'ASEAC III.

En qualsevol cas, les resolucions arbitrals hauran de ser notificades a les parts i segons aquests acords, estan subjectes als tràmits de dipòsit, registre i publicació. En darrer lloc, cal dir que com la finalitat d'aquest procediment extrajudicial és aportar una solució que supere els obstacles que s'han plantejat durant les negociacions, la resolució arbitral vincularà ambdues parts i haurà de ser motivada i aportar una solució que aborde el conflicte plantejat.

Aquest tipus de pronunciament haurà de ser especialment clar en els seus termes per tal d'evitar confrontacions o recursos posteriors. Segons s'explica en alguna resolució judicial⁵²⁶, la funció de la resolució arbitral no és només la d'estimar o desestimar les pretensions de les parts, sinó la de suplir l'infructuós període de consultes. Malgrat la llibertat de l'àrbitre que li permet adoptar decisions que no són coincidents amb les propostes de les parts, no pot deixar indeterminada la qüestió plantejada. No pot resoldre el tema de forma indefinida atribuint a l'empresa la possibilitat d'extingir els contractes. En definitiva, la resolució arbitral no podrà arribar a un genèric plantejament, més propi d'un dictamen jurídic que d'una decisió arbitral, perquè la seua finalitat és resoldre la controvèrsia sobre el conflicte col·lectiu i substituir la voluntat de les parts a través d'una decisió que té eficàcia jurídica d'un acord.

7.1.3.1. ELS EFECTES DE LA RESOLUCIÓ ARBITRAL I IMPUGNACIÓ:

Pel que fa als efectes, l'art 85.1 ET i l'art 27.2 del Reglament de l'acord valencià assenyalen que les resolucions arbitrals dictades sobre aquestes qüestions, tindran la mateixa eficàcia i tramitació que els acord realitzats en el període de consultes. L'ASEAC III puntualitza que en funció de la legitimitat de les parts i dins de l'àmbit al qual fa referència, les previsions recollides en la resolució arbitral tindran els efectes de conveni col·lectiu o en el seu cas, de sentència ferma, art 22.1.

La regulació recollida en l'ASEAC III, dona a entendre que l'eficàcia normativa o obligatòria de la resolució arbitral dependrà de la legitimitat i dels nivell de representació de les parts de tal forma, que la resolució arbitral només tindrà eficàcia general si es donen els requisits de legitimitat recollits en l'art 87, 88, 89.3, 91 ET. Si no concorren aquells requisits de legitimitat, els compromisos recollits en aquella resolució només tindran efecte respecte als treballadors afectats pels sindicats que han acudit al procediment arbitral.

⁵²⁶ STSJ Galícia, 2 de juliol de 1996. Ar 2712.

Malgrat que aquesta és la interpretació que es desprèn del tenor d'aquell acord, allò més lògic és pensar que la resolució arbitral tindrà els mateixos efectes que l'acord produït durant les consultes, perquè així ho diu l'art 85.1 ET. En qualsevol cas, una vegada dictada la resolució arbitral, aquesta haurà de ser homologada per l'autoritat laboral, és a dir, que la resolució arbitral no habilitarà automàticament l'empresari per a poder extingir els contractes.

Per altra banda, aquestes resolucions podran ser impugnades mitjançant el procediment previst per als convenis col·lectius, art 91 ET. L'acord valencià sobre procediments extrajudicials no recull els motius que poden originar el recurs contra la resolució arbitral i ens remet a la LLPL, art 67.2. Per altra banda, els motius d'impugnació estan previstos en l'art 91 ET. En canvi, l'ASEAC III assenyala que podem recórrer contra la resolució arbitral pels següents motius: quan els arbitres resolguen qüestions alienes al compromís arbitral i vagen més enllà les seues competències. Ho podem fer també, quan vulneren els principis que han de regir en el procediment arbitral o no respecten els terminis per a dictar la resolució o vulneren normes constitucionals o legals.

Si aquestes resolucions no són impugnades vincularan ambdues parts i seran immediatament executives, amb la matisació feta en el paràgraf anterior, art 22.3. En darrer lloc, tant l'ASEAC III, art 22.2 com el reglament que desenvolupa l'acord valencià, art 27.1 preveuen que la resolució arbitral exclou qualsevol altre procediment, demanda de conflicte col·lectiu o vaga sobre la matèria resolta.

7.2) LA VAGA: UN MITJÀ DE PRESSIÓ DURANT LES NEGOCIACIONS:

Mitjançant les successives reformes laborals i la introducció d'algunes previsions en normes internacionals, hem democratitzat les relacions laborals dins de l'empresa. Certament, aquesta nova situació ha generat noves formes d'afrontar la gestió de l'empresa i els problemes que afecten el seu funcionament. Aquesta democratització l'hem aconseguida bàsicament a través de dos camins paral·lels: en primer lloc, fent participants els representants dels treballadors en els processos de decisió de moltes mesures empresarials, especialment quan aquestes repercuteixen en els nivells d'ocupació a l'empresa, art 39, 40, 41, 47, 51 ET. I en segon lloc, instaurant mecanismes que asseguren la transparència informativa a l'empresa. En aquest sentit, les previsions recollides en l'art 64 ET han ajudat a establir les bases necessàries per poder iniciar diàlegs fluïts entre l'empresari i els representants dels treballadors sobre la gestió de l'empresa.

No obstant això, i malgrat aquestes noves relacions que comencen a sorgir en aquest nou model participatiu entre l'empresari i els treballadors o amb els seus representants, encara podem dir que en les relacions de treball es troba subjacent un conflicte d'interessos, un conflicte que és inherent a qualsevol relació laboral i això, perquè malgrat els canvis apuntats en les línies anteriors, la prestació laboral del treballador continua realitzant-se dins de l'àmbit d'organització i direcció de l'empresari, i això podrà crear diferents tensions entre les parts.

En aquestes circumstàncies, la vaga ha de ser considerada com un mitjà de lluita i de pressió reconegut als treballadors per poder defensar els seus interessos laborals i professionals, art 28.2 CE, un instrument que posarà de manifest les tensions existents

entre les parts i la confrontació d'interessos. Possiblement, la negociació d'un expedient de regulació d'ocupació és la situació que millor evidència aquella confrontació d'interessos de les parts, perquè en aquella negociació es troba subjacent una fricció entre el principi d'estabilitat en l'ocupació i el dret a la llibertat d'empresa que farà que les parts adopten posicions diferents en aquestes consultes.

Malgrat aquestes idees, cal tenir clar que la vaga produïda durant les consultes d'un projecte d'acomiadament col·lectiu no serà un instrument de ruptura de les negociacions, més aviat serà una mesura de pressió que tractarà de fomentar un acord amb un contingut determinat o unes negociacions encaminades cap altra direcció. És per això, que la vaga contra l'expedient pot respondre a una pluralitat d'objectius: pot buscar la retirada de la proposta empresarial, o a través de la seua convocatòria buscaran exercir pressió sobre aquells que negocien a efectes que les consultes incloguen determinades propostes.

Però a més de la pressió exercida durant el desenvolupament de la vaga que segurament provocarà que les negociacions es desenvolupen en un clima de conflicte i tensió, l'exercici d'aquest dret i les reivindicacions realitzades durant el desenvolupament de la vaga, podran condicionar el contingut de les negociacions i influir en les mesures recollides en l'acord sobre la reestructuració empresarial. En aquest sentit, podria ocórrer que mitjançant la pressió exercida, les parts acceptaren introduir en les negociacions algunes de les propostes reivindicades durant la vaga o simplement les acceptaren directament.

En qualsevol cas, i amb independència de la finalitat perseguida per la vaga, no podem negar que la seua convocatòria i desenvolupament durant la negociació de l'expedient podrà ocasionar diferents incidències i tensions que com a mínim, impediran que les consultes siguin fluïdes i dinàmiques. A més, igual que en altres negociació i conflictes col·lectius, la vaga posarà de manifest les tensions i les confrontacions de les parts a l'hora d'afrontar la solució del problema plantejat. Així doncs, una vegada reconeguda la possibilitat d'exercir aquest dret durant les negociacions d'un expedient, serà necessari abordar tres qüestions més: la motivació que justificarà la vaga, qui podrà exercir-la i organitzar-la i en quin moment haurem de paraitzar-la, si no volem que la declaren il·legal.

7.2.1) LA MOTIVACIÓ: VAGUES ABUSIVES O IL·LÍCITES:

Per tots és sabut que el dret de vaga es troba reconegut en l'art 28.2 CE i desenvolupat pel RDLL 7/1977, de 4 de març i la STC de 8 abril de 1981. Però en cap d'aquestes normes es defineix el seu contingut i no queda clar el seu abast. De la seua lectura només podem treure en clar que es tracta d'un mitjà de pressió reconegut als treballadors⁵²⁷ que té com a objectiu, la defensa dels seus "interessos", però no dóna

⁵²⁷ MONTOYO MELGAR, A, "Derecho del trabajo, Madrid, Tecnos, 23ª ed. 2002, pàg. 719: La primera distinció que hem de fer a l'hora de delimitar la noció jurídica de la vaga, és la distinció entre aquesta i el conflicte col·lectiu. Malgrat el freqüent ús indistint d'aquests conceptes, la vaga és un fenomen distint del conflicte col·lectiu. Mentre que aquest darrer és en essència, una situació de dissidència que recau sobre un interès col·lectiu, la vaga típica és *un mitjà de pressió laboral*. A través d'ella es vol forçar a l'antagonista laboral a adoptar un comportament satisfactori per a l'interès dels treballadors i aconseguir d'aquesta forma una solució al conflicte col·lectiu.

massa indicacions sobre la naturalesa d'aquests interessos⁵²⁸. Malgrat aquestes imprecisions legals, el TC⁵²⁹ ha definit aquest mitjà de pressió com una “cessació o atur del treball per persones ocupades en el mateix ofici per imposar unes condicions al patró”.

És en definitiva, un mitjà de pressió legítim que tracta de provocar una pertorbació en el procés de producció de béns i serveis i que pot tenir com a objecte: forçar una negociació en determinat sentit, reivindicar millores en les condicions econòmiques o en les condicions laborals i pot suposar una protesta que tinga repercussions en altres esferes. En paraules del TC “És el dret a interrompre transitòriament el contracte de treball limitant la llibertat de l'empresari”.

Coherents amb aquestes idees, hem de deduir que l'exercici del dret de vaga comporta “una proporcionalitat i uns sacrificis mutus” i el legislador pot introduir limitacions i condicions per exercir el dret de vaga, sempre que no vulneren el seu contingut essencial. Així doncs, quan no es donen determinades exigències, la vaga s'haurà de considerar un acte il·lícit o abusiú⁵³⁰.

Segons el TC, rebran aquesta qualificació: *les vagues rotatòries*, les efectuades pels treballadors que presten serveis en *sectors estratègics*, amb la finalitat d'interrompre el procés productiu, *les de cel o reglament* i en general, qualsevol altra alteració col·lectiva en el règim de treball distinta a la vaga⁵³¹. La conseqüència jurídica que es deriva de l'exercici d'aquestes modalitats de vaga estaria justificada pel dany que provoquen. És cert, que aquesta forma de pressió produirà sempre un dany i aquest és un element intrínsec al seu exercici. Però en aquests supòsits, el dany no és proporcional sinó excessiu i per això són qualificades com a il·lícites o abusives.

També cal dir, que aquesta tipologia de vagues no està recollida en la enumeració de vagues il·legals que realitza l'art 11, sinó en l'art 7 del RDLL 17/1977; un precepte que per altra part només recull una presumpció “iuris tantum” de l'abús del dret de vaga i com qualsevol presumpció d'aquesta naturalesa, admet prova en contrari. Conseqüentment, aquells que exerciten aquest mitjà de pressió sempre podran provar

⁵²⁸ MONTOYA MELGAR, A, “Derecho del Trabajo”, op.cit, pàg. 728: la redacció de l'art 28.2 CE, es prou ambigua a l'hora de qualificar aquells interessos. No obstant això, a partir de la jurisprudència elaborada pel comitè de llibertat sindical sobre la normativa de l'OIT, es pot extraure amb claredat el caràcter laboral dels interessos defensats a través de la vaga. Aquests interessos són professionals o de forma més precisa laborals, és a dir, interessos que afecten el treballador en quant subjecte del contracte de treball i membre del personal de l'empresa.

⁵²⁹ STC, 8 abril de 1981.

⁵³⁰ ALARCÓN CARACUEL, MR, “Ilegalidad y abusividad de la huelga”, en D.A, “La ley de huelga”. Madrid, ed. Instituto Sindical de Estudios, pàg. 93: El TC sembla que pren com a punt de partida que la “o” que separa els termes “il·lícit” i “abusiu” no és una disjuntiva, més aviat expressa la sinonímia dels dos termes: allò il·lícit seria el mateix que abusiú i clar està distint d'il·legal, la qual cosa és molt discutible. MATIA PRIM, J, “El abuso del derecho de huelga”, Madrid, ed. CES, 1996, pàg. 38: Una vaga serà abusiva quan contradiu l'ús racional del dret, quan provoca un dany excessiu innecessari, quan excedeix de la funció o finalitat reconeguda pel dret. El TC considera que l'art 7.2 contempla supòsits d'abús de dret i no supòsits il·lícits. El precepte selecciona classes de vaga genèrics que normalment implicaran un ús racional o provocaran un dany inadmissible.

⁵³¹ Considera el TC en la sentència de 8 abril de 1981, que el dret de vaga compren la facultat de declarar-se en vaga i la facultat de triar la modalitat de vaga. Ara bé, la facultat d'elecció només es podrà moure dins d'aquelles modalitats que la llei ha admet. En aquest sentit, el legislador pot considerar il·lícites o abusives algunes modalitats, sempre que ho realitze justificadament i no afecte el contingut essencial i admeti suficients modalitats per poder entendre que el dret existeix.

que la seua utilització no va ser abusiva. Per les mateixes raons i considerant que tot dret pot ser exercitat de forma abusiva, el TC atorga la mateixa qualificació a aquelles vagues que imposen a tercers més molèsties de les que són necessàries, aquelles on l'efecte de la vaga té un caràcter multiplicador i aquelles on es redueix formal i aparentment el número de persones que estan en vaga, amb la qual cosa aquells que estan en vaga simulen que no ho estan.

7.2.1.1) VAGUES IL.LEGALS:

Per altra part, tenint en compte que la CE reconeix el dret de vaga als treballadors per defensar els seus interessos en l'àmbit de les relacions laborals, art 28.2 CE i art 1 RDLL 17/1977⁵³², el TC estima que les vagues de solidaritat seran il·legals⁵³³, excepte quan la solidaritat estiga fonamentada en l'interès professional d'aquells que la realitzen. Conseqüentment, podran ser lícites les vagues que tenen com a objectiu la readmissió dels treballadors acomiadats o les organitzades per treballadors de les empreses auxiliars contra l'expedient que afecta l'empresa principal.

La mateixa qualificació han de rebre les vagues que tenen com objectiu alterar, dins del seu període de vigència, allò pactat en conveni col·lectiu o allò establert en una resolució arbitral. Aquesta modalitat de vaga l'hem de tenir molt present a l'hora d'analitzar la legalitat de les vagues produïdes durant la negociació d'un expedient de regulació d'ocupació. La mateixa consideració han de tenir les vagues que vulneren les previsions del RDLL 17/1977, o allò pactat en conveni col·lectiu per a la solució de conflictes.

Per altra banda, malgrat que la STC, 8 abril de 1981, no tracta amb profunditat el tema, es dedueix que són il·legals les vagues fonamentades en motius polítics⁵³⁴. Respecte d'aquesta darrera modalitat, el TC argumenta que la vaga és un mitjà de pressió dels treballadors cap als empresaris. Per tant, no ens trobem davant el fenomen de vaga protegit en l'art 28.2 CE, quan es produeixen perturbacions en la producció de béns i serveis amb la finalitat d'exercir determinada pressió sobre l'Administració Pública o sobre els organismes de l'Estat.

En relació amb aquesta modalitat de vaga, cal dir com ha apuntat algú⁵³⁵ que és complicat delimitar la frontera entre els motius polítics i els motius professionals.

⁵³² STC, 8 abril de 1981, Fonament jurídic 12: el dret constitucionalment protegit és aquell atribuït a les persones que presten a favor d'altres un treball retribuït, quan aquell dret s'exerceix enfront dels patrons per negociar de nou amb ells els seus contractes de treball.

⁵³³ El TC, en la sentència de 8 abril de 1981, afirma que la il·legalitat d'una vaga de solidaritat es pot mantenir en termes abstractes a través de la següent idea: la infracció del contracte de treball que provoca sempre la vaga i el conseqüent incompliment de les obligacions, només es justifica quan el treballador en vaga ho fa per defensar reivindicacions relacionades amb la seua relació laboral. Admetre les vagues de solidaritat permetria l'extensió indefinida dels conflictes i la intervenció de cada vegada més persones que no són els subjectes efectius del conflicte.

⁵³⁴ SALA FRANCO, T, ALBIOL MONTESINOS, I, "Derecho Sindical", op.cit, pàg. 470: A l'hora d'abordar la situació normativa actual, planteja que la vaga política pot configurar un delictes quan busquem "subvertir la seguretat de l'Estat", però no quan tractem simplement d'exercir determinada pressió als poders polítics. Per altra part, tret d'una interpretació restringida de l'art 1.1.a RDLLRL, la situació jurídica de les restants vagues polítiques, és la vaga llibertat; il·legal des de la perspectiva contractual i legal des de la perspectiva penal.

⁵³⁵ SUÁREZ GONZÁLEZ, F, "Derecho del Trabajo. Los conflictos laborales y su solución", op.cit, pàg. 40: Apunta la dificultat que existeix a l'hora de delimitar els motius polítics dels professionals i diferència

Possiblement el TC ha tingut en consideració aquest plantejament, perquè en sentències posteriors ha matisat els seus arguments i ha defensat que una protesta “per la política social realitzada pel govern, no pot ser considerada aliena a l’interès professional dels treballadors”⁵³⁶.

7.2.1) LA VAGA CONTRA L’EXPEDIENT DE REGULACIÓ D’OCUPACIÓ:

Una vegada hem exposat les idees generals que envolten el dret de vaga, ens trobem en condicions d’afrontar amb major precisió les vagues contra els expedients. Segons els plantejaments del TC, el primer que he de dir és que la vaga contra la proposta d’acomiadament col·lectiu podrà ser plantejada tant pels treballadors com pels seus representants. En aquest sentit, l’art 28.2 CE atribueix el dret de vaga als treballadors per a defensar els seus interessos. En concret, el precepte fa referència als treballadors per compte d’altre⁵³⁷.

El TC⁵³⁸ igual que la doctrina⁵³⁹ diferencien dues vessants del dret de vaga, la individual que inclouria el dret a adherir-se o no a una vaga ja convocada i la vessant col·lectiva que fa referència a les facultats col·lectives: dret a convocar-la, establiment de les reivindicacions, la publicitat, projecció exterior, negociació i finalització. Així doncs, el TC diferencia dues facetes i en funció d’aquest plantejament considera que el dret de vaga és un dret atribuït “uti singuli” als treballadors. Ells són els seus titulars, però les facultats col·lectives i el seu exercici, correspon tant als treballadors com als seus representants.

Així doncs, podem dir que tant la representació unitària com la sindical, com els mateixos treballadors, mitjançant una decisió majoritària, estaran facultats per a

tenint en compte la doctrina i jurisprudència italiana, entre vagues polítiques pures que pretenen incidir sobre les opcions polítiques generals del país i les vagues d’imposició de caràcter polític i econòmic. Vagues que es dirigeixen contra els poders polítics, atès que sobre aquell àmbit adopten decisions que incideixen en les relacions laborals o en la condició dels treballadors.

⁵³⁶ STC 36/1993, 8 de febrer. El TC va declarar constitucional la vaga general celebrada el 14 de desembre del 1988. En relació amb la motivació de la vaga, el TC va considerar que tenint en compte les reivindicacions d’aquella vaga, no podem considerar que l’expressió “defensa dels interessos professionals” realitzada pel RDRL ens permet excloure del camp de la vaga lícita, aquella vaga general. Les reivindicacions d’aquella vaga no eren alienes als interessos dels treballadors. El Tribunal conclou afirmant que el qualificatiu “professional” utilitzat per aquella norma, fa referència als interessos dels treballadors com a tal i no només als interessos dels treballadors en vaga.

⁵³⁷ STC, 8 abril de 1981, FJ 12: el TC El dret constitucionalment protegit és aquell atribuït a les persones que presten a favor d’altres un treball retribuït. A més, aquell dret l’exercitem enfront dels patrons o empresaris per negociar de nou amb ells els contractes de treball i introduir determinades modificacions. El TC diu també que el dret constitucional de vaga es concedeix a efecte que els seus titulars puguin deslligar-se temporalment de les seues obligacions. Ací radica una de les més importants diferències que separa la vaga protegida per l’art 28.2 CE, d’aquella que han anomenat vaga de treballadors independents o professionals.

⁵³⁸ STC, 8 abril de 1981, FJ 11. A més de diferenciar aquestes dues facetes del dret de vaga, considera que són els treballadors els titulars del dret. No obstant, aquest pot ser exercitat per les organitzacions sindicals amb implantació en l’àmbit laboral en què s’estén la vaga.

⁵³⁹ SALA FRANCO, T, “La titularidad del derecho de huelga”, en D.A, “La ley de huelga”, op.cit, pàg. 26. Assenyala que el dret de vaga, igual que el dret a la llibertat sindical, té dues facetes: la individual i la col·lectiva. És evident que l’exercici col·lectiu és la porta que condiciona l’exercici del segon tant en un sentit material com formal. Conseqüentment, no hi ha un únic dret de vaga, sinó dos i tenen una naturalesa diferent. En un mateix sentit: SALA FRANCO, T, ALBIOL MONTESINOS, I, “Derecho sindical”, op.cit, pàg. 464.

convocar una vaga paral·lelament a les negociacions d'un expedient⁵⁴⁰. L'exercici d'aquesta forma de pressió pels mateixos treballadors davant una reestructuració empresarial es troba plenament justificada. Hem de tenir en compte, que allò que està en joc en aquestes negociacions són els seus llocs de treball. Per tant, sembla lògic que a través d'aquest mitjà d'acció tracten de protegir els seus interessos concrets.

És cert que la defensa dels seus drets i interessos durant les consultes estarà garantit mitjançant la participació dels representants dels treballadors en les negociacions, ara bé, no podem perdre de vista que la llavor de qualsevol òrgan de representació col·lectiva consisteix a defensar i protegir els interessos dels treballadors en general. Conseqüentment, pot ocórrer que uns i altres arriben a un acord sobre els excedents de plantilla que siga beneficiós en termes generals per als treballadors, però que evidentment perjudicarà a un grup d'ells. Sembla lògic que aquells que probablement estaran afectats per l'expedient vulguen exercir pressió per tal que els seus representants defenguen els seus interessos.

En tot cas, qualsevol que convoque la vaga, els treballadors directament o mitjançant els seus representants, hauran de formalitzar aquella declaració a través d'un acord que recollirà els objectius de la vaga, les gestions realitzades per resoldre les discrepàncies, la data d'inici i composició del comitè de vaga, un acord que serà notificat a l'empresari i a l'autoritat laboral, art 3 RDLLRL⁵⁴¹. Durant el temps que dure la vaga, l'empresari i el comitè de vaga o en el seu cas, els representants dels treballadors designats per ell, hauran de negociar en vistes a assolir un acord. Sota aquestes circumstàncies, l'acord versarà sobre la reestructuració empresarial i en concret, sobre el projecte d'acomiadament presentat per l'empresari.

No hem d'oblidar que la vaga realitzada en aquestes circumstàncies, anirà dirigida contra el projecte presentat per aquest i tindrà com a objectiu la seua retirada o la negociació d'altres mesures i continguts destinats a reduir l'abast del projecte. El resultat buscat és lògic si pensem que les negociacions de l'expedient poden haver-se reduït a acordar la quantia de les indemnitzacions. Per tant, a través de la vaga els treballadors poden voler que les parts negocien altres mesures.

Però pot ocórrer també, que alguna de les dues parts es negue a negociar, en aquest cas no estan massa clares les conseqüències jurídiques que es podrien derivar d'aquesta negativa. Però allò que sí que està clar, és que una vegada iniciades les negociacions exigides per l'art 8 RDLLRL, les parts en conflicte, en principi, hauran d'arribar a un acord sobre el projecte d'acomiadament col·lectiu. Per altra part, el RDLLRL no diu res, però imagine que l'acord haurà de ser congruent amb la finalitat de la vaga i amb l'objectiu recollit en l'acord que la declara. L'acord assolit per les parts en conflicte tindrà els mateixos efectes que allò pactat en conveni col·lectiu, art 8.2 RDLLRL

⁵⁴⁰ El TC, en la seua sentència de 8 d'abril de 1981, parteix d'una concepció ampla del dret de vaga, per això declara contraries a la CE determinats requisits relacionats amb l'exercici del dret de vaga, art 3RDLLRL. En concret, declara inconstitucional el referèndum obligatori en cada centre de treball i l'exigència de determinat percentatge d'assistència dels representants dels treballadors. Argumenta que aquestes exigències dificulten extraordinàriament l'exercici del dret de vaga.

⁵⁴¹ STC, 8 abril de 1981, FJ 15: Considera que l'exercici del dret de vaga es pot sotmetre a un procediment o a algun tipus de formalisme. El TC no declara il·legals les vagues per sorpresa, però considera que en ocasions poden ser abusives.

Per altra banda, si considerem de nou allò dit pel TC, hem de considerar que aquesta forma de pressió exercida durant la negociació del projecte d'acomiadament col·lectiu, en principi, és perfectament legal i no planteja massa problemes en relació amb la motivació. No obstant això, és possible que a través d'una vaga barregem diferents objectius de diferent naturalesa, lícits i no tant lícits, és a dir, podem convocar una vaga en contra d'un expedient i de pas, exercir pressió contra les polítiques de reconversió o els plans de promoció industrial impulsades pel govern⁵⁴². Una de les motivacions és estrictament laboral i l'altra té una naturalesa políticolaboral, perquè la pressió també va dirigida contra aquell que ostenta el poder o contra determinades iniciatives impulsades per aquest.

Tenint en compte la línia seguida pel TC després de la sentència 11/1981⁵⁴³, hem d'entendre que aquestes vagues no tenen perquè ser il·legals, ja que els interessos defensats durant la vaga no han d'identificar-se necessàriament amb els interessos dels treballadors que exerceixen aquest dret, poden defensar els interessos dels treballadors en general. En aquest sentit, sembla que aquestes polítiques incidiran sobre els nivells d'ocupació i repercutiran sobre els seus interessos. Així doncs, estaria justificada l'oposició expressada per aquests treballadors a través de la vaga. Però en general, quan plantegen un projecte d'acomiadament col·lectiu, allò normal serà trobar-nos amb vagues fonamentades en motius estrictament laborals. Mitjançant el seu exercici realitzaran una pressió justificada contra una decisió empresarial que perjudica els seus interessos professionals, defensaran el seu lloc de treball.

Dins d'aquest clima, la vaga podrà tenir com a finalitat que l'empresari retire l'expedient perquè consideren que el declivi econòmic no justifica una mesura d'aquella envergadura o perquè entenen que estem davant una situació que pot ser superada acudint a altres mesures⁵⁴⁴. En tots aquests supòsits, la pressió exercida a través de la

⁵⁴² Només com a exemple d'aquest tipus de vagues podem comentar les vagues que s'estan produint en les drassanes del nostre territori. El deteriorament d'aquest sector ve de lluny, però últimament la situació és crítica. Als darrers anys els països asiàtics han incrementat la seua capacitat productiva i compten amb el 86% de la cartera d'encomandes, mentre la UE compta només amb el 17%. La situació del sector ha empitjorat per la política proteccionista d'aquells països que ha acabat per desequilibrar la liberalització del mercat, i per l'eliminació de les ajudes a la indústria naval europea. Aquesta situació ha repercutit en el sector naval espanyol. Així és, IZAR compta amb unes elevades perdudes que augmentaran quan tornen a la Comissió Europea les ajudes públiques concedides il·legalment. Per tal de salvar el sector, i tenint en compte que IZAR en el mercat civil té limitacions de producció imposades per la UE, i que la normativa comunitària no permet crear una nova companyia estatal en l'àmbit civil, excepte si té participació majoritària de capital privat, la SEPI va presentar i ha tractat de negociar amb els representants dels treballadors, un pla industrial que inclou bàsicament la segregació de les drassanes i l'entrada de capital privat. Aquesta situació provocarà una destrucció important de llocs de treball. Les vagues que s'han produït anaven dirigides contra el més que probable expedient de regulació d'ocupació i contra el pla industrial presentat per la SEPI. Expansión, 9 de setembre de 2004.

⁵⁴³ STC, 36/1993. Sobre la vaga general del 1988. Per la seua part: OJEDA AVILÉS, A, "Derecho Sindical", Tecnos, 8ª edició, 2003, pàg. 559: sobre el problema de la causa mixta i els seus efectes sobre la vaga, aquest autor planteja dues possibles eixides: la teoria d'origen germànic segons la qual, només preval una de les motivacions. I la Teoria de la separació dels règims jurídics, que defèn que hem de valorar la vaga segons el motiu principal.

⁵⁴⁴ Als darrers temps comptem amb alguns casos cridaners, un d'ells el de SINTEL. El problema d'aquesta empresa va sorgir poc després que MAS-TEC comprés el 100% d'aquesta empresa a Telefònica el 1996. En aquells moments la companyia tenia 3750 treballadors en l'empresa matriu i uns 1500 en la resta del grup. En aquell moment, SINTEL tenia una cartera de treball de 75000 milions de pessetes. El preu pactat per aquesta operació va ser: 4900 milions de pessetes que havia de pagar en tres anys, una quantia que no va ser pagada íntegrament. Poc a poc començaren a sorgir els problemes: MAS-TEC va subcontractar més del 50% de la cartera de treball al 1999. Després de tres anys des de la venda,

vaga perseguiria provocar unes negociacions, però dins d'altre context. Les negociacions anirien encaminades a salvaguardar els llocs de treball i buscar eixides alternatives a l'acomiadament, mitjançant suspensions del contracte de treball o la reducció de la jornada o altres mesures similars.

En aquestes circumstàncies, la vaga pot tenir altres finalitat. Aquesta la poden utilitzar per exercir pressió sobre l'empresari i els representants dels treballadors perquè s'esforcen a trobar una eixida el menys traumàtica possible per als treballadors afectats o amb la finalitat de desbloquejar les negociacions de l'expedient⁵⁴⁵. En aquest supòsit, els treballadors serien conscients que la complicada situació econòmica i financera pot justificar aquestes mesures, però mitjançant aquesta pressió pretenen que les parts que participen en les consultes centren els seus esforços a negociar un pla d'acompanyament social el més complet possible. De vegades, no serà necessari ni exercir el dret, només l'anunci d'una vaga pot servir de pressió en les negociacions.

Res tenen a veure aquestes vagues amb aquelles que tenen per objecte alterar allò pactat en conveni col·lectiu, perquè el seu objectiu no és aquell, sinó aconseguir un acord sobre la reestructuració empresarial. Allò que prohibeix l'art 11.b del RDLLRL són les vagues que busquen alterar el contingut de la norma convencional, no les que es realitzen durant la vigència d'un conveni i que busquen negociar matèries no regulades en ell. A més, ja hem vist que els acomiadaments col·lectius constitueixen una matèria escassament regulada per la norma convencional. Conseqüentment, el pacte assolit entre empresari i representants dels treballadors sobre aquesta matèria i produït a causa de la vaga, no ha de plantejar massa problemes en aquest sentit.

Per les raons exposades anteriorment, no estarem en el supòsit de l'art 11.b RDLLRL, quan mitjançant la vaga reivindicuem una interpretació del conveni o negociar de nou el conveni perquè ha estat incomplert per la part empresarial o senzillament, perquè s'ha produït un canvi absolut i radical en les circumstàncies, la qual cosa ens permetria aplicar la clàusula "rebus sic stantibus"⁵⁴⁶.

telefònica retira el 75% de la cartera de treball a la seua filial SINTEL. Davant aquesta situació MAS-TEC va presentar diferents expedients de regulació d'ocupació, alguns amb la intenció d'acomiadar i altres amb la intenció de suspendre els contractes de treball. Finalment SINTEL entra en suspensió de pagaments. Enfront d'aquesta situació, els treballadors iniciaren unes vagues i una acampada a Madrid durant mesos amb l'objectiu que l'empresa retirés l'expedient que afectava el 70% de la plantilla i que els pagaren les nòmines atraçades, així com una solució negociada a la crisi. A més, aquests expedients tenien en contra els informes de 14 CCAA, del Ministeri de Ciència i Tecnologia i de la Direcció General de Treball i de la Seguretat Social, perquè entenen que no existien garanties de viabilitat de l'empresa. En relació amb els expedients de suspensió dels contractes, la Direcció General de Treball del Ministeri de Treball els va desestimar per entendre que les causes al·legades no tenien un caràcter temporal. Per tant, calia acudir a altres mesures per a resoldre aquests problemes: modificació de les condicions de treball a través de la negociació i extincions: Resolució de 6 de setembre del 2000. <http://www.tt.mtas.es/periodico>.

⁵⁴⁵ 150 treballadors de la multinacional catalana "Chupa Chups" es concentraren davant la Conselleria de Treball en protesta pels acomiadaments i per tal d'instar l'empresa a desbloquejar les negociacions. La vanguardia, 16 de setembre de 2005.

⁵⁴⁶ STC, 8 abril de 1981, FJ 14. ALBIOL MONTESINOS, I, "Extinción por causas tecnológicas, económicas, y fuerza mayor", en D.A., "comentarios a las leyes laborales", op.cit, pàg. 295: Cap la possibilitat de realitzar una vaga durant el període de consultes, quan les reivindicacions no impliquen una alteració d'allò pactat per conveni o quan es reivindica una alteració del conveni perquè s'ha produït un canvi radial, una circumstància que permet aplicar la clàusula "rebus sic stantibus". En un mateix sentit, NORES TORRES, L.E., "El período de consultas en la reorganización productiva empresarial, op.cit, pàg. 225. MONTOYA MELGAR, A, "Derecho del trabajo", op.cit, pàg. 730, ALARCÓN

Reprement el tema inicial, encertadament hi ha qui ha plantejat⁵⁴⁷ que la vaga contra l'expedient més enllà del període de consultes, pot plantejar algun problema en quant a la seua legalitat. A més d'aquesta limitació, jo afegiria altra: quan les parts negociadores acudeixen a algun procediment extrajudicial de solució dels conflictes col·lectius per resoldre les discrepàncies que han sorgit en les consultes, la possibilitat d'acudir a aquesta forma de pressió pot plantejar també alguns problemes de legalitat.

Com a regla general, el recurs a aquests procediments extrajudicials impedeix acudir simultàniament a altres mecanismes o utilitzar altres mitjans per resoldre el conflicte plantejat. Tenint en compte aquesta incompatibilitat, la majoria d'acords interconfederals⁵⁴⁸ han seguit el suggeriment recollit en la Recomanació n°92 OIT de 1951⁵⁴⁹, sobre la conciliació i l'arbitratge voluntari i han recollit la prohibició d'utilitzar la vaga una vegada iniciat aquest tipus de procediment. Aquesta prohibició obligarà a suspendre les vagues iniciades per aquells que pensen acudir a aquests procediments i impedirà convocar-les de nou mentre dure aquest.

Tanmateix, possiblement la prohibició va dirigida a les parts en conflicte que acudeixen a aquests òrgans, per tant cabria la possibilitat que els treballadors continuaren una vaga contra l'expedient mentre continua aquest procediment. Les raons són senzilles: en primer lloc, els treballadors no són part en el procediment extrajudicial i per tant, estan exclosos d'aquesta prohibició. I en segon lloc, difícilment poden els representants dels treballadors paraitzar una vaga que no han convocat ells. Certament, aquesta darrera possibilitat estaria limitada per l'art 11.c RDLLRL. És a dir, si les parts en conflicte acudeixen al procediment arbitral per tal de resoldre les discrepàncies sorgides durant les consultes, la vaga no podrà continuar una vegada l'òrgan corresponent ha resolt el conflicte mitjançant la resolució arbitral. En cas contrari, la vaga hauria de ser considerada il·legal per la causa recollida en l'art 11.c RDLLRL.

Tal vegada està de més fer aquest aclariment, però hem de tenir present que exercitar aquesta forma de pressió durant les negociacions no vulnerarà el principi de bona fe que ha de regir en les consultes, allò que exclou aquest principi és la pressió

CARACUEL, MR; "Ilegalidad y abusividad de la huelga", en D.A "La ley de huelga", op.cit, pàg. 90. OJEDA AVILÉS, A, "Derecho sindical", op.cit, pàg. 562: aquest autor exposa la mateixa idea, però la puntualitza dient que el TS ha admès aquesta clàusula en molt poques ocasions i quan ho ha fet ha exigít canvis excepcionals, com una guerra. Per altra banda, ajustant-nos a les dimensions d'una empresa, podria pensar-se amb totes les reserves, amb la retirada d'una prohibició administrativa o una concessió que permet multiplicar vertiginosament el mercat i no ha estat prevista en el conveni,

⁵⁴⁷ ALBIOL MONTESINOS, I, "Extinció por causas tecnológicas, o económicas, y fuerza mayor", en D.A "Comentarios a las leyes laborales", op.cit, pàg. 295: Aquest autor argumenta que sobre la vaga que s'estén més enllà del període de consultes, podria pesar sobre ella l'apreciació realitzada en el fonament 12 de la sentència del TC 8 abril de 1981, en ell es diu: "que el dret (Vaga) constitucionalment protegit, és aquell atribuít a les persones que presten a favor d'altres un treball retribuít, quan aquell dret es exercitat davant els patrons o empresaris per a negociar de nou els contractes".

⁵⁴⁸ El Reglament de l'ASEAC II. Aquest acord recull una clara incompatibilitat entre el procediment de mediació i arbitratge i els procediments administratius, judicials i l'exercici del dret de vaga, art 16, 22.2 i prohibeix la convocatòria de vaga contra el contingut de la resolució arbitral, art 23.1. En canvi, l'acord valencià és més ambigu en aquesta qüestió i recull la incompatibilitat d'acudir a l'arbitratge i exercir simultàniament el dret de vaga, però no diu res en relació a la mediació, art 18 i 25.1 de l'acord.

⁵⁴⁹ La Recomanació n°92 OIT, en el seu art 5 recull la següent previsió: si un conflicte ha estat sotmès a un procediment de conciliació amb el consentiment de les parts, hauran d'estimular-les a efectes que s'abstinguem a l'hora de recórrer a les vagues i al "look outs" mentre dure la conciliació. El mateix es predica de l'arbitratge en l'art 6.

il·legítima dirigida a condicionar la voluntat d'alguna de les parts negociadores per aconseguir un acord en determinat sentit. Aquesta conducta es manifesta normalment a través del dol, coacció o abús de dret. En aquest sentit, la vaga es configura com un mitjà lícit de pressió. És més, la CE la legitima com un instrument destinat a defensar els interessos de grup. En paraules del TC⁵⁵⁰, la vaga és un instrument necessari per a reafirmar els interessos dels treballadors en els conflictes socials i econòmics, uns conflictes que l'Estat Social no pot excloure. A més a més, és un mitjà d'acció que ajuda al sindicat a desenvolupar la seua activitat⁵⁵¹.

Per altra banda, hem de recordar, que la vaga és un mitjà de pressió reconegut constitucionalment als treballadors per defensar els seus interessos. En reconèixer aquest instrument, el TC està reconeixent que el nostre ordenament jurídic no es fonamenta en la igualtat d'armes entre empresaris i treballadors, no es basa en la paritat de lluita o en el paral·lelisme entre les mesures de conflicte nascudes en l'àmbit dels treballadors i aquelles atribuïdes a l'empresari⁵⁵². Partint d'aquesta base, haurem de considerar que la vaga contra l'expedient no lesionarà el principi de bona fe, no l'haurem de considerar com una pressió maliciosa i il·legítima. Més aviat, serà tot el contrari, un mitjà lícit que posarà en relleu un enfrontament d'interessos entre aquestes dues parts.

En un mateix sentit, no podem considerar la vaga com un element que pretén eludir o trencar les negociacions, sinó que l'hem de considerar com un pas més en el desenvolupament de les consultes amb l'empresari. La vaga simplement posarà de manifest les tensions existents entre les parts i materialitzarà el joc de forces inherent en tota negociació⁵⁵³. Lluny de ser un mitjà de ruptura, la vaga pot ser una empenta que les impulsi. Mitjançant el seu exercici, podran provocar la introducció en les negociacions de nous continguts i el debat de propostes reivindicades pels treballadors durant la vaga, amb la qual cosa enriquiran el contingut de les consultes. Certament, el seu exercici causarà un dany, però aquest serà proporcional. A més, aquest dany és inherent a l'exercici d'aquesta forma de pressió reconeguda constitucionalment, 28.2 CE.

També és veritat, com hem vist anteriorment, que tot dret pot ser exercitat de forma abusiva i els seus titulars podran fer un ús anormal o antisocial d'aquest i causar un dany desproporcionat. En aquests casos, quan els representants dels treballadors utilitzen una d'aquelles modalitats de vaga que poden ser qualificades com a abusives o il·legítimes per exercir pressió durant les consultes, podríem considerar que han vulnerat el principi de bona fe que ha de regir les negociacions, perquè la bona fe no empara conductes il·lícites. En aquest sentit, el CC ens recorda que els drets hauran d'exercitar-se d'acord amb les exigències de la bona fe, art 7 CC.

8) EL FINAL DEL PERÍODE DE CONSULTES:

⁵⁵⁰ STC, 8 abril de 1981, FJ 9.

⁵⁵¹ STC 9/1981. L'art 28 CE integra com a drets d'activitat el dret a la negociació col·lectiva, el dret de vaga i la incoació de conflictes col·lectius. Els citats drets són un nucli mínim i indisponible de la llibertat sindical.

⁵⁵² STC 11/1981. fonament 22.

⁵⁵³ SANCHEZ TORRES, E, "El deber de negociar y la buena fe en la negociación", Madrid, ed. CES, 1ªedició, 1999, pàg. 161.

El resultat final de les consultes entre els representants legals dels treballadors i l'empresari donarà lloc a un acord en matèria de reorganització productiva, un pacte rodejat de dubtes pel que fa a la seua naturalesa jurídica i els seus efectes. En el nostre ordenament laboral, no existeix un únic tipus d'acord d'empresa, a més dels acords sobre la reorganització productiva, podem trobar en l'ET mencions a diferents tipus d'acords col·lectius: els acords sobre la regulació de les condicions de treball, art 22.1, 24.1, 29.1, 31, 34, ET 41.1, els acords sobre desvinculació salarial, 82.3 ET, els de solució de conflictes col·lectius que inclouen els pactes que posen fi a la vaga, 8.2 RLRL, i els acords de solució de conflictes col·lectius, 85.1 ET. Finalment trobem els acords sobre representació col·lectiva, art 67.1 ET.

A l'hora cabria pensar que els acords sobre reorganització productiva són un gènere que inclou diferents subespècies: els acords en matèria d'acomiadaments col·lectius, art 51 ET, i els acords en matèria de trasllats, modificacions, i suspensions col·lectives per circumstàncies empresarials, art 40, 41 i 47 ET. Respecte als acords sobre la reorganització empresarial podríem dir d'ells, amb caràcter general, que són acords adoptats entre els representants dels treballadors i l'empresari sobre matèries molt concretes relacionades amb les relacions i condicions de treball, sobre el funcionament de l'empresa i sobre la gestió de la mà d'obra. Són a més, el producte d'una negociació d'àmbit empresarial entre les parts. Conseqüentment, són una manifestació de la negociació col·lectiva, però com han destacat els tribunals, no són un conveni col·lectiu⁵⁵⁴.

Així doncs, per poder explicar el seu funcionament i el seu significat, cal recordar que la reforma del 1994 va potenciar la regulació convencional i va permetre que el conveni entrés a regular matèries que fins aleshores estaven excloses de les seues possibilitat. Allò que es volia era fer unes relacions laborals més flexibles. Però a més, la reforma del 1994 va obrir una nova tendència en matèria de negociació col·lectiva. Prompte es posà en relleu una progressiva descentralització d'aquesta⁵⁵⁵. Es volia aproximar la negociació col·lectiva a l'empresa sobretot a l'hora de fixar determinades condicions de treball en aquell àmbit empresarial, però alhora també es volia aportar unes regulacions més flexibles i més coherents amb les circumstàncies concretes de l'empresa o dels centres de treball.

El resultat final va ser potenciar les diferents manifestacions de la negociació col·lectiva a l'hora d'adoptar determinades decisions relacionades amb el funcionament de l'empresa de tal forma, que començaren a aparèixer determinats pactes o acords entre els representants dels treballadors i l'empresari en relació amb: els trasllats col·lectius i les modificacions substancials de caràcter col·lectiu, sobre suspensions o extincions col·lectives del contracte de treball, sobre modificació del règim salarial fixat per conveni o sobre la regulació de les condicions de treball.

⁵⁵⁴ STSJ Canàries, 27 de setembre del 2001, AS 2002/885: són una manifestació de la negociació col·lectiva que regula aspectes de les relacions laborals. Dins de la tipologia dels acords d'empresa trobem els de reorganització productiva, que tracten d'adaptar les condicions de treball a les necessitats empresarials. En un mateix sentit: STSJ Andalusia, 9 juliol 2004, AS 2004/1304. STC 92/1992

⁵⁵⁵ GARCÍA MURCIA, J, "Los acuerdos de empresa", Madrid, ed. CES, 1ª edició, 1998, pàg. 37 i 41. La progressiva descentralització de la negociació col·lectiva no respon a factors causals. Aquesta tendència connecta amb la preocupació legal per les necessitats i condicions econòmiques de l'empresa. Aquesta tendència s'explica per la finalitat de fer la negociació col·lectiva més flexible. El paper estel·lar en aquest intent el té l'acord d'empresa, ja que aquest es manifesta com el mitjà més apte a l'hora d'abordar de forma més adequada els problemes de l'empresa.

A l'hora d'aproximar-nos a aquests acords col·lectius d'empresa, la doctrina ha destacat tres idees: en primer lloc, han destacat els dubtes existents a l'hora de determinar la seua naturalesa jurídica i els seus efectes. En segon lloc, la doctrina ha destacat que aquests acords no eren desconeguts en el nostre ordenament jurídic, però la reforma de 1994 va augmentar el número de supòsits⁵⁵⁶. I en darrer lloc, alguns sectors doctrinals s'han aproximat a ells amb un poc de recel, perquè en alguns supòsits poden ser una via per a no aplicar el conveni sectorial a les petites i mitjanes empreses.

En aquest sentir, alguns autors⁵⁵⁷ consideren que aquests acords d'empresa han introduït un nou tipus de flexibilitat en l'àmbit laboral: la flexibilitat en les fonts del Dret. Aquests permeten legalment una sèrie de limitacions i debiliten l'eficàcia normativa dels convenis col·lectius, però només respecte a matèries concretes i determinades (salarials, horaris, treball a torn, i sistemes de remuneració i rendiment). Des d'aquest punt de vista, podria afirmar-se que el conveni col·lectiu com a font del dret resulta trencat en relació amb la seua unitat interna.

En el supòsit de les reorganitzacions empresarials, aquesta tendència exposada a les línies anteriors en relació amb la negociació col·lectiva es va manifestar de dues formes: va convertir les consultes en una clara negociació sobre les reestructuracions empresarials, que té com a objectiu la consecució d'un acord. I el legislador va fomentar la inclusió en el conveni col·lectiu de clàusules destinades a solucionar les discrepàncies sorgides durant el període de consultes i va facilitar la possibilitat d'arribar a una solució pactada sobre la reorganització empresarial.

Amb aquest tipus de regulació, el legislador va fer possible que els treballadors a través dels seus representants, participaren en les decisions d'algunes matèries que estaven integrades en les facultats directives de l'empresari i que podien afectar els seus interessos. Alguns han vist amb certa preocupació aquesta empenta que ha rebut la negociació col·lectiva, així com la seua progressiva actuació descentralitzada i han arribat a dir que "una intervenció com aquesta, actualment pot servir per a reforçar els poders dels empresaris i debilitar posteriorment la dels treballadors⁵⁵⁸". En aquests plantejaments es troba subjacent el desequilibri existent entre les parts de tal forma, que aquest fet junt amb la pressió que es pot fer sobre les necessitats d'adaptar l'empresa a l'entorn pot produir un retrocés en els nivells de tutela.

Des d'un temps enrera, podem observar com la negociació col·lectiva ha assumit altres funcions. No només és un instrument que tracta d'augmentar les quotes de beneficis o pretén millorar les conquestes per als treballadors, certament aquesta

⁵⁵⁶ GARCÍA MURCIA, J, "Los acuerdos de empresa", op.cit, pàg. 16.

⁵⁵⁷ GORELLI HERNÁNDEZ, J, "Los acuerdos de empresa como fuente del ordenamiento laboral", Madrid, ed. Civitas, 1ªedició, 1999, Pàg. 65. ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J, "Acuerdos entre empresario y trabajadores en materia de despidos colectivos", RL, 1998-I, pàg. 525. Després de la reforma de l'ET, es produeix una forta introducció dels anomenats acords d'empresa. Aquest procés ha estat considerat com una expropiació dels poders de l'autonomia col·lectiva i ha facultat les entitats menors per a actuar jurídicament contra la voluntat de les organitzacions superiors. SÁEZ LARA, C, "Los acuerdos colectivos de empresa: una aproximación a su naturaleza jurídica y su régimen jurídico", RL, 1995-I, pàg. 548. El fet que els acords d'empresa puguin suposar una via per a no aplicar els convenis sectorials en les petites i mitjanes empreses pot generar que siguin vistos amb reserves.

⁵⁵⁸ ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J, "Acuerdos entre empresario y trabajadores en materia de despidos colectivos", op.cit, pàg. 527.

funció no la perduda, però amb aquesta funció ha assumit altre paper. A mesura que augmentava la necessitat d'adaptar l'empresa a la conjuntura en la qual es mou i possibilitàvem la participació dels treballadors en la gestió de les empreses i en les reestructuracions empresarials, obríem pas a una nova faceta de la negociació col·lectiva. En aquestes circumstàncies, de vegades han signat acords sobre aquestes matèries que no sempre han estat vistos amb bons ulls pels treballadors d'aquelles empreses⁵⁵⁹.

Possiblement és inevitable que així siga. Els nous problemes que afecten les empreses i els treballadors i la participació d'aquests en la gestió d'aquella o en les reestructuracions empresarials, constitueixen un nou repte per a la negociació col·lectiva o per algunes de les seues manifestacions. És a dir, possiblement podem trobar aquells acords que són rebutjats pels mateixos treballadors, però com he comentat en les pàgines anteriors, aquests acords poden tenir un contingut molt ampli i divers.

La negociació podria servir per a introduir unes regulacions més beneficioses: augmentar les indemnitzacions o millorar el contingut del pla social i alhora assegurar la continuïtat de l'empresa i sobretot, mitjançant les negociacions poden tractar de reduir el número d'acomiadaments. En aquest sentit, serà millor una solució pactada que una solució imposada per l'autoritat laboral, perquè la resolució d'aquesta ha de ser congruent amb la sol·licitud empresarial, per tant només podrà autoritzar o denegar allò sol·licitat, però no podrà millorar el contingut del projecte empresarial.

Fins a cert punt, estarà en mans d'aquells que negocien aquests acord anar per un camí o per l'altre. En qualsevol cas, el legislador ha tractat de potenciar la negociació i les solucions pactades, ha posat l'èmfasi en l'acord entre les parts i ha relegat a un segon pla l'autorització administrativa. Certament, l'autorització administrativa és manté i de fet, l'acord sobre la reestructuració empresarial ha de ser homologat per l'autoritat laboral però, la negociació i el conseqüent acord és la solució preferida pel legislador per a concloure el període de consultes. Tal vegada, aquesta forma de gestionar les reestructuracions pot suposar una disminució dels conflictes dins de l'empresa, en la mesura que la solució sobre la reorganització d'aquesta ha estat negociada i acceptada per les parts. Per tant, en principi evitaríem possibles discrepàncies i confrontacions futures.

8.1) LES DIFERENTS FORMES DE CONCLoure EL PERÍODE DE CONSULTES: AMB ACORD O SENSE ELL.

El període de consultes amb els representants dels treballadors i el procediment administratiu es produeixen de forma simultània en el temps, és a dir, que les negociacions del projecte i la fase d'instrucció de l'expedient administratiu transcórreran paral·lelament. De tal forma, que mentre es desenvolupen les consultes

⁵⁵⁹ A tall d'exemple podem citar l'acord entre Enatcar i el comitè d'empresa. En ell s'establia una indemnització sensiblement superior a la legal, però sotmesa a condició. De les tres clàusules que recollia en relació amb aquella qüestió, una d'elles obligava a tornar tota la indemnització a l'empresa, si el treballador ingressava de nou en Renfe. Malgrat que la clàusula en qüestió vulnerava una norma de dret necessari mínim, diverses sentències del TS confirmaren la validesa de l'acord: SSTS, 21 de gener de 1997. Ar 622. 28 de gener de 1997, Ar 907. 29 de gener de 1997. Ar 643. 14 febrer de 1997. Ar 1349. 26 de febrer de 1997. Ar 1889. Per la seua part el TC va confirmar aquests pronunciaments: SSTC 99/2001, 23 abril. 100/2001. 23 abril. 117/2001. 21 maig. 137/2001. 18 de juny.

amb els representants dels treballadors, l'autoritat laboral iniciarà la instrucció de l'expedient de regulació d'ocupació, art 51.3 ET, durant la qual recopilarà tota aquella documentació i informes necessaris per poder valorar l'existència de la causa al·legada per l'empresari i per poder valorar que les mesures proposades per aquest persegueixen els objectius legals, ja que finalment l'autoritat laboral només autoritzarà aquestes mesures si es donen els requisits causals i objectius recollits en l'art 51.1 ET.

Podem dir doncs, que l'Administració començarà a instruir l'expedient de regulació d'ocupació pràcticament des del moment en què rep la sol·licitud empresarial sol·licitant autorització per acomiadar. Aquesta actuació li permetrà tenir, inclús abans que conclouen les consultes, tota o bona part de la informació que necessita per poder valorar el projecte empresarial i emetre una resolució. El seu contingut dependrà en tot cas del resultat de les negociacions. Així és, una vegada han finalitzat les consultes amb els representants dels treballadors, l'empresari comunicarà a l'autoritat laboral el resultat d'aquestes. És a dir, si han finalitzat amb acord o sense ell i alhora li farà arribar les actes. En elles, es deixarà constància de les posicions de les parts, del contingut de les negociacions i els informes i documents examinats. A partir d'aquest moment, iniciarem el termini perquè l'Administració emeta la corresponent resolució.

Dit açò, malgrat que és cert que les consultes poden concloure de dues formes: amb acord o sense ell, allò cert és que el legislador ha potenciat l'eixida negociada per a enfrontar les crisis empresarials. Amb aquest objectiu, va explicitar la possibilitat que els convenis recolliren mitjans per a resoldre les discrepàncies produïdes durant les consultes i va ampliar els continguts de les negociacions i les va convertir en una negociació col·lectiva a nivell d'empresa. A conseqüència de tot això, va augmentar la rellevància i la complexitat d'aquests acords.

Com avançava en les línies anteriors, les parts podran acudir als instruments previstos a efecte que puguin superar els obstacles que impedeixen una solució negociada. Per tant, l'eixida pactada a la crisi empresarial es pot produir de dues formes: és possible que les parts arriben a un acord a través dels canals normals, és a dir, mitjançant les consultes. I en segon lloc, la solució acordada pot produir-se mitjançant una resolució arbitral.

En relació amb la primera fórmula, hauríem de dir que aquest serà el camí normal per a arribar a un acord. És possible que l'eixida negociada a la crisi i el conseqüent acord entre els representants dels treballadors i l'empresari sobre el projecte d'acomiadament col·lectiu siga possible perquè ambdues parts estimen que les circumstàncies que rodegen l'empresa obliguen a adoptar aquesta mesura, i una vegada verificada la situació empresarial, han tractat d'aconseguir una eixida el menys traumàtica possible per a aquells que es veuran afectats per l'acomiadament. Si el punt de partida de les negociacions és aquesta premissa, és a dir, si ambdues parts entenen que la mesura és inevitable i consideren que la situació empresarial només permet minimitzar els efectes de la reestructuració, en principi les dificultats per a arribar a un acord durant les consultes no seran excessives.

Tanmateix, en relació amb la segona possibilitat: els mitjans extrajudicials, cal dir només que davant una crisi empresarial, aquells que es troben negociant l'expedient poden acudir a les diferents possibilitats que els ofereix aquest recurs a efecte de superar els problemes que impedeixen una eixida negociada. Però en qualsevol cas, tant en un

cas com en l'altre, el resultat serà el mateix: un acord sobre la reestructuració empresarial acceptat i respectat per les dues parts. Al capdavant, allò que canvia és la forma d'arribar a ell.

Arribat a aquest punt, podem dir que malgrat l'empenta que va rebre el període de consultes i els acords d'empresa a partir de 1994, els canvis legislatius no han exclòs completament l'autoritat laboral en aquesta matèria. Així és, malgrat que les negociacions es regeixen pel principi d'autonomia col·lectiva i l'acord és un producte de la negociació col·lectiva a nivell d'empresa, això no implica que l'empresari pugui dur a terme immediatament les mesures recollides en ell. Tot el contrari, l'Administració haurà d'homologar l'acord o el laude arbitral.

En qualsevol cas, l'autoritat laboral realitzarà només un control de legalitat i es limitarà a autoritzar els acomiadaments, però no entrarà a analitzar la resta de mesures previstes en l'acord. L'autoritat laboral només podrà negar-se a homologar l'acord quan entenga que existeix un vici en la conclusió de l'acord o quan considere que aquest té com a finalitat obtenir indegudament les prestacions per desocupació⁵⁶⁰. Tret d'aquests supòsits, aquesta haurà d'homologar-lo.

Així i tot, com podem imaginar, els diferents interessos i les diferents posicions que poden adoptar aquells que es troben negociant un expedient, són factors que poden complicar les possibilitats d'arribar a un acord durant les negociacions. Per això mateix, és possible que passat aquell termini de temps fixat pel legislador, les parts siguin incapaces d'arribar a una solució negociada. Pot ocórrer que per la part dels treballadors entenguin que no es donen les circumstàncies que justifiquen aquestes mesures. És possible que la disconformitat o la falta d'acord estiga provocada per la insuficiència del pla social o simplement el fracàs de les negociacions pot estar provocat perquè ambdues parts mantenen posicions ben diferents i amb el pas del temps no han aconseguit aproximar les posicions.

Tanmateix, aquesta situació no habilitaria sense més l'empresari per poder extingir els contractes dels treballadors. Aquest no compta amb unes facultats unilaterals per poder procedir a aquestes decisions i les consultes no són un formalisme més que cal seguir per tal de materialitzar finalment una decisió adoptada per l'empresari anticipadament. De fet, si finalitza el període de consultes sense acord i si l'empresari materialitza el seu projecte d'acomiadament, les extincions podrien ser nul·les per la via de l'art 124 LLPL.

En tot cas, davant aquestes situacions, l'empresari comptarà amb una segona possibilitat per veure complida la seua intenció originària i poder materialitzar el seu projecte d'acomiadament. Així és, l'art 51.6 ET i 12 RD 46/1996 preveu que una vegada concloues les negociacions sense acord, l'autoritat laboral dictarà en el termini de quinze dies una resolució en virtut de la qual, podrà desestimar la sol·licitud empresarial o podrà estimar-la parcialment o en la seua totalitat, una resolució que haurà

⁵⁶⁰ STSJ de Cantàbria, 22 de juny de 2000. Ar 2454. Entén el Tribunal que l'abast de la prescripció recollida en l'art 51 ET és evitar la indeguda al·legació d'una crisi econòmica en els següents supòsits i amb les següents finalitats: A) quan l'acord és aconseguit amb força o engany. B) quan les parts es posen d'acord per a simular conjuntament l'existència d'una crisi econòmica perquè els treballadors accedesquen fraudulentament a l'atur. Aquesta és precisament la circumstància que es planteja en aquesta sentència .

de ser motivada i congruent amb la sol·licitud empresarial, art 51.6 ET i art 12 RD 43/1996.

Aquesta exigència obliga l'autoritat laboral ha cenyir-se a la petició formulada per l'empresari. Així doncs, si allò sol·licitat és l'extinció d'un número determinat d'acomiadaments, la resolució de l'autoritat laboral no podrà consistir a desautoritzar els acomiadaments perquè entén que no es donen les circumstàncies concretes per poder extingir els contractes, però alhora proposar i autoritzar altres mesures alternatives: suspensió col·lectiva dels contractes de treball per causes econòmiques, reducció de caràcter col·lectiu de la jornada laboral ni podrà suggerir trasllats o desplaçaments.

8.2) LEGITIMITAT PER SIGNAR ACORDS, QUÒRUMS I MAJORIES NECESSÀRIES:

8.2.1) LA REPRESENTACIÓ UNITÀRIA:

Com s'ha comentat, l'art 51.4 ET permet que els dos canals representatius dels interessos dels treballadors a l'empresa puguin participar en les negociacions de l'expedient de regulació d'ocupació. És més, la referència estatutària a la representació sindical i a la unitària en relació amb el període de consultes, es realitza en dos sentits: permet que ambdues representacions negocien de forma alternativa el projecte d'acomiadament col·lectiu, i permet que qualsevol d'elles finalitze les consultes i conseqüentment signen l'acord. En relació amb el quòrum necessari per a subscriure aquests acords, l'art 51.4 ET exigeix de forma clara i expressa, la conformitat de la majoria dels membres dels comitè o comitès d'empresa, dels delegats de personal o de les representacions sindicals, si existiren, que en el seu conjunt, representen a la majoria d'aquells.

En principi pot semblar que existeix una contradicció entre l'art 51.4 i l'art 62.2 ET en relació amb el quòrum necessari per a adoptar decisions pels delegats de personal. Certament l'art 62.2 ET preveu que els delegats de personal exerciran la representació mancomunada, és a dir, les decisions les adoptaran per unanimitat, mentre que l'art 51.4 ET preveu que l'acord serà adoptat per majoria. Tanmateix, sembla que la interpretació més coherent és aquella que entén que tant el comitè d'empresa com els delegats de personal han d'adoptar l'acord sobre la reestructuració empresarial per majoria, perquè així ho entén l'art 51.4 ET i perquè com ha apuntat la doctrina, aquesta és la interpretació més lògica⁵⁶¹.

Per altra banda, els nostres tribunals han destacat que l'expressió "mancomunada" la utilitzem en contraposició amb allò solidari, una situació que ens podria induir a confusió si extrapolem allò previst en el CC sobre obligacions. És per

⁵⁶¹ SALA FRANCO, T, ALBIOL MONTESINOS, I, "Derecho Sindical", op.cit, pàg. 199. Aquesta és la interpretació que fan aquests autors i aporten els següents arguments: perquè delegats de personal existiran en número d'1 a 3 i l'exigència d'una actuació mancomunada en el primer cas és absurda. En segon lloc, perquè la normativa laboral referida a la possible actuació dels representants legals dels treballadors preveu que els acords s'adoptaran per majoria. Conseqüent, l'exigència d'actuació mancomunada l'hem de posar en relació amb el procediment electoral arbitrat, art 70 i 71 ET. En un sentit similar: SÁEZ LARA, C, "Los acuerdos colectivos de empresa: una aproximación a su naturaleza y régimen jurídico", op.cit, pàg. 563.

això, que en algunes resolucions judicials⁵⁶² estimen que l'expressió ha d'interpretar-se en el sentit que els delegats de personal han d'actuar de comú acord i conjuntament, però per adoptar decisions ha d'operar el sistema de majories utilitzat per a acreditar la voluntat dels treballadors.

Reprenent la idea inicial, d'acord amb la regla recollida en l'art 51.4 ET, quan l'empresa compte amb un únic centre de treball, l'acord sobre el projecte d'acomiadament col·lectiu requerirà el vot favorable de la majoria dels membres del comitè d'empresa o dels delegats de personal d'aquell únic centre de treball. Si l'empresa s'assenta sobre una diversitat de centres, les negociacions s'hauran de realitzar amb els diferents comitès d'empresa o delegats de personal dels diferents centres afectats per l'expedient i l'acord haurà de ser subscrit pel vot favorable de la majoria dels membres dels comitès o dels delegats de personal⁵⁶³. Com ha apuntat algun autor⁵⁶⁴, la referència a la majoria fa al·lusió “al número de representants unitaris existents a l'empresa i no al seu pes representatiu”.

Conseqüentment, quan l'empresa compte amb una diversitat de centres de treball i les negociacions se canalitzen a través de la representació unitària, l'acord ha d'estar refrenat pels representants dels treballadors dels diferents centres afectats. Tant és així, que es diu que “la postura positiva de la majoria dels esmentats comitès no pot substituir la dels comitès dissidents minoritaris”⁵⁶⁵. Per tant, sembla que la majoria prevista en l'art 51.4 ET està referida a cada unitat de negociació. Així que l'acord requerirà l'acceptació de les diferents representacions que negocien.

En relació amb aquesta qüestió, algun autor⁵⁶⁶ ha plantejat els seus dubtes sobre l'oportunitat que siguin els comitès d'empresa els que negocien davant aquestes situacions. Argumenta que en “termes jurídics no s'entén com es pot imposar l'acord als treballadors representats per uns subjectes que s'han oposat a la seua signatura”. Considera que si no articulem una negociació específicament a nivell d'empresa, difícilment podrà justificar-se la producció d'efectes de l'acord als centres de treball

⁵⁶² STCT, 27 juny de 1984, Ar 5963. STSJ de Madrid, 8 de febrer de 1996, Ar 310.

⁵⁶³ STS, 15 desembre de 1986, Ar 7152. Considera acreditat que durant l'expedient de regulació d'ocupació no participaren els comitès dels centres afectats. A més, considera que la comissió sindical que va actuar en l'expedient no pot substituir el comitè, perquè això priva al comitè del dret propi i inherent a la seua naturalesa jurídica de representant dels treballadors. En un mateix sentit: STS, 24 de març de 1988, Ar 2507. STS, 15 de març de 2002, Ar 5046. Resulta evident que les consultes i l'eventual acord s'han de realitzar amb els representants dels treballadors de cada centre afectat. En aquesta sentència, el TS estima parcialment el recurs, perquè considera que haurien d'haver analitzat si la representació del comitè d'empresa s'estenia legalment a la resta de centres de treball, si foren cridats per a ser consultats i si la resta de comitès d'empresa, delegats de personal o els treballadors prestaren el seu consentiment.

⁵⁶⁴ BLASCO SEGURA, B, “La extinción del contrato de trabajo por causas tecnológicas o económicas: El expediente de regulación de empleo”, op.cit, pàg. 564.

⁵⁶⁵ ALBIOL MONTESINOS, I, “Regulación de plantillas laborales y despidos colectivos: practica judicial (I)”, op.cit, pàg. 127. En un mateix sentit MONEREO PÉREZ, J.L, FERNÁNDEZ AVILÉS, JA, “El despido colectivo en el derecho español”, op.cit, pàg. 169. GOERLICH PESET, J.M, “Los despidos colectivos”, en D.A, “comentarios a las leyes laborales”, op.cit, pàg. 150. En relació amb aquesta qüestió considera que l'exigència d'obtenir la conformitat dels representants legals dels diferents centres afectats era interpretada de forma estricta. De tal forma, que aquella exigència no podia ser substituïda per l'acord aconseguit per un òrgan ad hoc format pels representants dels diferents centres de treball. STS, 15 de març de 2002, Ar 5046. El TS exigeix el consentiment dels representants de tots els centres afectats. No es pot subscriure un acord únicament amb la representació d'un únic centre de treball.

⁵⁶⁶ NAVARRO NIETO, F, “Los despidos colectivos”, op.cit, pàg. 141.

dissidents. Davant les dificultats que pot plantejar la negociació davant una pluralitat de centres, allò més convenient serà que les negociacions es canalitzen a través del comitè intercentres⁵⁶⁷. No obstant això, el recurs a aquest òrgan dependrà de la regulació convencional i de les facultats atribuïdes pel conveni al comitè intercentre⁵⁶⁸.

En relació amb l'acord subscrit per aquest òrgan sobre la reestructuració empresarial, hem d'entendre que el quòrum necessari serà el mateix: el vot favorable de la majoria dels seus membres, excepte quan el conveni que el va crear i va fixar les seues competències, reculla altra previsió en relació amb les majories necessàries per subscriure acords.

8. 2.2) ACORD CONCLÒS AMB LA REPRESENTACIÓ SINDICAL:

L'art 51.4 ET permet que les negociacions en relació amb l'expedient de regulació d'ocupació puguin ser canalitzades a través de la representació sindical i permet que aquesta pugui concloure les consultes i subscriure el corresponent pacte sobre la reorganització productiva⁵⁶⁹. En principi, ambdues representacions podran participar en les consultes, però en termes alternatius i no acumulatius.

Els subjectes legitimats per a negociar i signar els acords sobre la reorganització de l'empresa, així com els requisits perquè puguin participar en aquestes consultes, coincideixen amb allò dit en l'art 87.1 ET en relació amb els convenis col·lectius d'empresa o d'àmbit inferior. Per tant, tant la representació unitària com la sindical estan legitimades inicialment per tal de participar en les negociacions, però en el cas de les seccions sindicals per a tenir "legitimada plena" cal, com diu l'art 51 ET: "que en el seu conjunt representen la majoria dels membres del comitè".

Així doncs, una vegada hem acceptat la possibilitat que puguin participar en les negociacions, en relació amb el quòrum, l'art 51.4 ET preveu que l'acord requerirà la majoria de les representacions sindicals, si existiren, que en el seu conjunt representen la majoria de la representació unitària. Realment haurien d'haver millorat la redacció de l'article i haver aclarit alguns dels seus termes, així haguérem evitat les diferents lectures que es poden fer d'ell.

Si fem una lectura literal del precepte, hauríem de deduir que el legislador preveu dues exigències en relació amb la representació sindical. En primer lloc, podríem entendre que el legislador demana la conformitat de la majoria de les representacions sindicals que es troben negociant l'expedient. Però a més, aquestes haurien de representar la majoria de membres del comitè d'empresa o dels delegats de personal.

⁵⁶⁷ STS, 25 de juliol del 2000, Ar 7644.

⁵⁶⁸ NAVARRO NIETO, F, "Los despídos colectivos", op.cit, pàg. 142 i 143. A més d'assenyalar aquell problema, apunta que el conveni té la tendència de fixar les competències del comitè intercentre reproduint el marc legal del comitè i malgrat que aquests últims limiten la seua activitat al centre de treball, de vegades pot aplegar implícitament al conjunt empresarial. Per tan, caldrà plantejar-se en cada cas concret, si el dret de consulta del comitè intercentre comporta la subtracció de la competència del comitè de centre, o si resulta acumulable.

⁵⁶⁹ STS, 25 de juliol de 2000, Ar 7644. Pel que fa a la legitimitat per a negociar, el precepte invocat fa referència a un sistema dual, alternatiu i no acumulatiu. El legislador atribueix aquella legitimitat a la representació unitària i a la sindical si existira. En un mateix sentit: STS de 26 de novembre de 2002, Ar 10658.

Aquesta interpretació no encaixa massa bé amb els requisits exigits pel legislador a la representació sindical a l'hora de negociar els convenis d'empresa o d'àmbit inferior, art 87.1 ET i 8.2.b LLOLLS. Hem de recordar de nou, que el legislador a través de la reforma del 1994 va voler aproximar la regulació o les regles del període de consultes a les previstes per als convenis d'empresa. Per tant, no sembla lògic que a l'hora de negociar i signar un acord sobre la reorganització empresarial exigim aquells dos requisits a la representació sindical i en canvi, a l'hora de negociar un conveni d'empresa només exigim que aquesta en el seu conjunt, sume la majoria dels membres del comitè, art 87.1 ET.

Per altra banda, si fem una lectura sistemàtica de l'art 51.4 i 87.1 ET hauríem d'extreure unes conclusions diferents. Aquesta interpretació, que segurament és la més correcta, consisteix a considerar que l'art 51.4 ET només demana que la representació sindical en conjunt, compte amb la majoria dels membres de la representació unitària. Conseqüentment, hem de deduir que no qualsevol representació sindical podrà signar els acords sobre la reorganització productiva, només ho podran fer aquelles que compten amb la majoria dels membres dels òrgans de representació unitària dels centres afectats.

La doctrina ha posat en relleu que no és necessari que compten amb la majoria en tots i cadascun dels òrgans de representació unitària⁵⁷⁰. Per tant, serà suficient si aconseguen reunir aquell quòrum en el conjunt de la representació unitària dels centres de treball afectats pel projecte d'acomiadament col·lectiu. Aquesta lectura posa en relleu, que la legitimitat de les seccions sindicals per a negociar un projecte d'acomiadament col·lectiu es correspon amb l'àmbit de referència de l'expedient. Però a més, cal que es troben presents en els òrgans de representació unitària⁵⁷¹.

8.2.3) UN SUPÒSIT PECULIAR: CENTRES SENSE REPRESENTACIÓ COL·LECTIVA:

Respecte a aquest supòsit: centres sense representació col·lectiva, es poden plantejar dues interpretacions. La primera d'elles defèn l'amortització del període de consultes i la segona d'elles, defèn que aquestes han de realitzar-se malgrat la inexistència de representació col·lectiva a l'empresa. Plantejat el tema en aquests termes i per les raons exposades en altres moments sobre aquesta qüestió, aquest anàlisi pren com a punt de partida el fet que les consultes amb els treballadors han de celebrar-se igualment, inclús quan no existeixen cap representació legal dels treballadors.

Així doncs, allò més lògic és que les consultes es realitzen amb tots els treballadors. La negociació amb tots impediria pactes manifestament injustos. A més,

⁵⁷⁰ ALBIOL MONTESINOS, I, "Los acuerdos de empresa (1)", op.cit, pàg. 8. GOERLICH PESET, JM, "El despido colectivo", en D.A, "comentarios a las leyes laborales", op.cit, pàg. 151. NORES TORRES, LE, "El período de consultas en la reorganización productiva empresarial", op.cit, pàg. 243. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I, "Procedimiento de regulación de empleo", en D.A, "reforma de la legislación laboral", op.cit, pàg. 393.

⁵⁷¹ ELORZA GUERRERO, F, "Los acuerdos de empresa en el ET", op.cit, pàg. 208. En un mateix sentit: GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I, "Procedimiento de regulación de empleo", en D.A, "Reforma de la legislación laboral", op.cit, pàg. 393. Podran negociar les seccions que tenen presència en la representació unitària, però hauran de tenir en compte també la possible legitimitat inicial de les seccions sindicals dels sindicats més representatius, art 8.2.b LLOLLS, amb independència de la seua presència en alguns dels òrgans de representació unitària.

les extincions previstes en el projecte d'acomiadament poden afectar només un sector de treballadors, però la resta d'efectes de l'expedient es poden estendre per la resta de centres de treball, amb la qual cosa el projecte d'acomiadament suposarà una reorganització de l'empresa que amb major o menor intensitat afectarà tots els treballadors⁵⁷² i això justifica que les negociacions es realitzen amb tots.

Una vegada hem acceptat la possibilitat que les consultes es realitzen quan no existeix representació legal dels treballadors a l'empresa, cal abordar un segon problema: els quòrums necessaris per a signar acords. En relació amb aquest problema, la doctrina⁵⁷³ ha barallat dues possibilitats. En primer lloc, han defensat el criteri de la unanimitat de tots els treballadors. En virtut d'aquest criteri, l'acord hauria d'estar refrenat per unanimitat. En segon lloc, han defensat també el criteri de la majoria dels treballadors de l'empresa. De tal forma, que l'acord requeriria només el vot favorable de la majoria. Aquells que defenen el criteri de la majoria per a subscriure acords, prenen com a referent allò dit en l'art 80 ET. Aquest precepte preveu aquella majoria per a adoptar acords per l'assemblea dels treballadors. En canvi, la jurisprudència del Suprem⁵⁷⁴ sembla que es decanta per la unanimitat.

Sobre aquestes qüestions, el tribunal ha argumentat que a falta de representació col·lectiva, els treballadors podran acordar l'extinció dels seus contractes de treball. Però aquests no podran acordar l'extinció dels contractes de treball dels seus companys. És a dir, les negociacions han de realitzar-se amb tota la plantilla. No és suficient amb un sector majoritari dels treballadors. Aquest quòrum no seria suficient, perquè no és possible diferenciar entre treballadors que han adoptat un acord i treballadors que no l'han signat. Com diu el Suprem, el legislador no diferencia dos procediments, un predicable per als treballadors que han subscrit un acord i altre per a la resta de treballadors. El procediment és unitari.

8.3) NATURALSA JURÍDICA DE L'ACORD SOBRE LA REORGANITZACIÓ EMPRESARIAL:

Les negociacions amb els representants dels treballadors podran donar lloc a un acord col·lectiu que versarà sobre la reestructuració empresarial. Aquest pacte es troba rodejat de dubtes pel que fa a la seua naturalesa i eficàcia. Per tant, prèviament a l'anàlisi del contingut de l'acord sobre la reorganització productiva, cal analitzar la naturalesa jurídica d'aquests i els efectes jurídics que poden desplegar aquests pactes.

Els acords sobre la reorganització empresarial formen part d'allò que anomenem *acords d'empresa*. Els acords d'empresa són una categoria més genèrica, formada per

⁵⁷² NAVARRO NIETO, F, "Los despidos colectivos", op.cit, pàg. 150. Respecte aquesta possibilitat, ha destacat que en aquests supòsits i en un sentit tècnic i jurídic no podem parlar d'una verdadera consulta. De tal forma que l'expedient es resol a través d'un pronunciament de l'autoritat sobre el fons de l'assumpte. Els possibles acords individuals passen a ser "elements de convicció" en la resolució de l'expedient. Tant és així, que aquells acords no poden equiparar-se pel que fa als seus efectes amb l'acord de l'art 51 ET.

⁵⁷³ ALBIOL MONTESINOS, I, "Extinción por causas tecnológicas o económicas y fuerza mayor", en D.A, "Comentarios a las leyes laborales", op.cit, pàg. 300. A més d'exposar aquestes dues possibilitats, comenta que el criteri de la unanimitat pot ser un sistema perillós perquè un únic vot en contra impediria l'adopció de l'acord. En un mateix sentit: NORES TORRES, LE, "El período de consultas en la reorganización productiva empresarial", op.cit, pàg. 244.

⁵⁷⁴ STS, 24 de setembre de 1986, Ar 4646.

una sèrie de pactes entre l'empresari i els representants dels treballadors sobre unes matèries concretes. Dins d'ells podríem citar els següents: acords supletoris o subsidiaris⁵⁷⁵, acords de reorganització empresarial⁵⁷⁶, pactes que modifiquen el conveni⁵⁷⁷ o aquells que posen fi a la vaga⁵⁷⁸.

Certament, l'ordenament jurídic no ha realitzat un tractament unitari d'aquesta figura. No hi ha un règim homogeni i alguns d'ells manquen d'una regulació jurídica completa, la qual cosa dificulta la llavor de determinar la seua naturalesa jurídica. En general, podríem dir que molts d'aquests pactes es caracteritzen per una alta dosi d'informalitat. No obstant això, a diferència de la resta de pactes col·lectius citats al llarg de l'ET, els acords sobre la reorganització empresarial compten amb una regulació específica i amb un règim jurídic propi, que pot facilitar la llavor de determinar la seua naturalesa i efectes.

Com comentava, aquesta alta dosi d'informalitat i l'escassa regulació, ha dificultat la llavor de determinar la seua naturalesa jurídica. Des de l'àmbit jurídic, la recerca d'una categoria més genèrica on poder incloure els diferents productes normatius esdevé essencial sobretot per poder establir un règim comú per a tots ells, que ens permeta cobrir els buits legislatius i suplir la falta de regulació d'uns productes normatius concrets.

Com veurem més endavant, a l'hora de buscar una categoria genèrica on incloure els diferents acords d'empresa, la doctrina ha obert tres línies interpretatives. En primer lloc, han identificat els acords d'empresa amb els convenis estatutaris, amb la qual cosa entenen que el Títol III de l'ET hauria d'aplicar-se supletòriament als acords. En segon lloc, els ha assimilats amb els extraestatutaris i això ha obert de nou la problemàtica sobre la naturalesa d'aquests convenis. I en tercer lloc, alguns sectors han estimat que estem davant una categoria pròpia, que no es pot incloure dins dels convenis.

En relació amb aquesta problemàtica, el primer que podem dir és que aquest no ha estat un tema pacífic dins de la doctrina científica, ni durant la vigència de la versió originària de l'ET ni posteriorment. Recordem que molts d'aquests pactes col·lectius ja existien amb anterioritat a la reforma de 1994 i ja cap aquella època, tal vegada amb menor intensitat, ja es plantejaven aquestes qüestions. Durant la vigència de l'ET de 1980, el legislador també preveia unes consultes amb els representants dels treballadors que podien finalitzar amb un acord col·lectiu. Certament aquestes consultes tenien un significat diferent al que poden tenir actualment. Però en qualsevol cas, tot indicava que aquests acords eren fruit de l'autonomia col·lectiva. Tanmateix, es posava en dubte la seua eficàcia jurídica. Amb caràcter general, els dubtes sorgien a l'hora d'atribuir-los eficàcia normativa o contractual.

Per la seua part, el TC no només negava la naturalesa normativa d'aquests acords d'empresa, a més negava que foren una manifestació de la negociació col·lectiva. Tant és així que en la STC 92/1992, el Tribunal es va pronunciar en relació amb l'art 41 ET i va considerar que "l'art 41 ET no establia cap procediment de negociació

⁵⁷⁵ Art 29.1, 34.2, 34.3, 22.1, 24.1 ET.

⁵⁷⁶ Ar 40.2, 41.2, 51.4, 47 ET.

⁵⁷⁷ 41.1, 41.4, 41.2, 82.3, 85 ET

⁵⁷⁸ Art 8 RDLLRL.

col·lectiva. El Tribunal entenia que certament l'art 41 ET preveia una eventual acceptació per part dels representants dels treballadors de les modificacions acordades per l'empresa. Però aquella negociació no podia identificar-se amb la negociació col·lectiva regulada en el Títol III ET, ni en relació amb els subjectes i tràmits ni pel que fa al seu objectiu". El TC estimava que l'art 41 ET no versava sobre la celebració d'acords ni de convenis, sinó sobre l'adopció de determinades mesures.

La reforma del 1994 per la seua banda va reobrir de nou aquest debat. Com sabem, la Llei 11/1994 va donar un impuls important a aquesta figura. El legislador va optar per aproximar la negociació col·lectiva a àmbits inferiors. Ens apropàvem d'aquesta forma a una de les finalitats de la reforma: facilitar l'adaptació de les empreses al seu entorn fent més flexibles les relacions laborals. Amb la "descentralització de la negociació" el legislador facilitava els pactes i els acords col·lectius sobre els problemes que afectaven aquelles empreses concretes i permetia una regulació de les condicions de treball més ajustada a la realitat empresarial. Alhora, aquests acords podien generar diferents reticències, en la mesura que en el fons podien suposar una separació de la regulació convencional⁵⁷⁹.

Sense cap dubte, podem dir que a partir de la reforma de 1994, el plantejament del TC en relació amb els acords d'empresa ha de ser replantejat. No podem negar que aquests acords són una manifestació de l'autonomia col·lectiva. Són el fruit del poder de regulació compartit pels agents socials i els empresaris. Com explica algun autor "l'autonomia col·lectiva, en la mesura que és un poder de regulació, actua necessàriament mitjançant la negociació col·lectiva, de la qual emanen diferents productes. El més important de tots, certament, és el conveni"⁵⁸⁰ però, existeixen altres manifestacions com els acords d'empresa. Tant una figura com l'altra, són un producte de la negociació col·lectiva, però són productes diferents.

Segons expliquen alguns autors⁵⁸¹, no existeix identitat entre la negociació col·lectiva i el conveni col·lectiu. La primera és un gènere i la segona és una espècie. A més, la qualificació de conveni ha de reservar-se per als productes que la llei considera com a convenis, els del Títol III, i que són els únics respecte als quals l'art 37 CE encomana a la llei la missió de garantir la seua força vinculant. Per altra banda, malgrat que els acords no són convenis col·lectius dels previstos en el Títol III, això no ens pot dur al simplisme segons el qual, si no són convenis col·lectius, han d'enquadrar-se dins dels extraestatutaris. En aquest sentit, no són tampoc extraestatutaris, perquè estan previstos pel legislador en l'ET.

Segurament aquest ha de ser l'únic extrem sobre el qual existeix un cert consens doctrinal. De forma generalitzada la doctrina científica admet que els acords d'empresa

⁵⁷⁹ MONEREO PÉREZ, JL, FERÁÑDEZ AVILÉS, JA, "El despido colectivo en el derecho español", op.cit, pàg. 174. Aquests autors assenyalen que el protagonisme d'aquests acords s'ha aconseguit en perjudici dels convenis. D'aquesta forma es produeix una fugida del conveni, amb la consideració que el declivi de la negociació a nivells més amplis és una valuosa i sana evolució. Aquesta estratègia condueix a la desviació dels estàndards col·lectius dirigida a la viabilitat de l'empresa, una situació desitjada per l'empresari, que normalment culmina amb la variació de l'estàndard in peius.

⁵⁸⁰ ALARCÓN CARACUEL, M, "Las relaciones Ley- Convenio colectivo", en D.A, "Las reformas laborales de 1994 y 1997", op.cit, pàg. 18.

⁵⁸¹ ALBIOL MONTESINOS, I, "Los acuerdos de empresa (I)", op.cit, pàg. 9. MONEREO PÉREZ, J, FERNÁNDEZ AVILÉS, A, "Los despidos colectivos en el derecho español", op.cit, pàg. 173. GORELLI HERNÁNDEZ, J, "Los acuerdos de empresa como fuente del ordenamiento laboral", op.cit, pàg. 50 i 51.

són una de les possibles manifestacions de la negociació col·lectiva⁵⁸². Però, les discrepàncies sorgeixen a l'hora de concretar l'eficàcia jurídica d'aquests acords d'empresa. Principalment a l'hora de determinar si tenen naturalesa contractual o normativa⁵⁸³. Dins de la doctrina científica podem trobar diferents plantejaments sobre aquestes qüestions. En primer lloc, existeixen alguns autors que entenen que aquests pactes emanen de la negociació col·lectiva i tracten d'equiparar-los als convenis estatutaris, amb la finalitat d'atribuir-los eficàcia normativa⁵⁸⁴.

Altre sector doctrinal els identifica amb els convenis extraestatutaris i els atribueix eficàcia contractual⁵⁸⁵. Segons entenen, estem davant pactes d'eficàcia erga omnes, però de naturalesa contractual. Estima que com els contractes i els acords tenen la mateixa naturalesa, el seu lloc dins del sistema de fonts estaria entre el conveni i el contracte de treball. L'art 3 ET deixa al descobert aquest buit que hauria d'haver estat esmenat pel legislador ordinari. En canvi, altres autors entenen que els acords d'empresa són una figura híbrida⁵⁸⁶. Consideren que estem davant una espècie híbrida entre la negociació col·lectiva i els acords de naturalesa contractual. Un gènere distint dels convenis, però també distints dels pactes d'eficàcia entre les parts. En definitiva, es tracta d'una categoria jurídica nova. I En darrer lloc, alguns autors estimen que estem davant convenis col·lectius impropis⁵⁸⁷.

En aquest sentit, alguna sentència del TS⁵⁸⁸ defineix els acords sobre la reorganització productiva com a convenis impropis fora dels convenis estatutaris, però fruit de la negociació col·lectiva constitucionalment reconeguda en l'art 37 CE. Un acord informal sense eficàcia normativa que no crea dret objectiu. Però tenen força contractual. No obstant això, reconeix el TS que en la matèria existeix alguna cosa més que la simple teoria general de les obligacions i dels contractes, perquè es tracta d'un contracte de naturalesa col·lectiva negociat pels representants dels treballadors.

⁵⁸² GORELLI HERNÁNDEZ, J, "Los acuerdos de empresa como fuente del ordenamiento laboral", op.cit, pàg. 50 i 51. MONEREO PÉREZ, J, FERNÁNDEZ AVILÉS, A, "Los despidos colectivos en el derecho español", op.cit, pàg. 173. ESCUDERO RODRÍGUEZ, R, "El impacto de la reforma en el sistema de fuentes del derecho del trabajo y los acuerdos de empresa", en D.A, "La reforma de la legislación laboral", op.cit, pàg. 249. SANTOS FERNÁNDEZ, R, TORRENTE GARI, S, "Naturaleza y eficacia de los acuerdos alcanzados en el período de consultas en procedimientos de despido colectivo", op.cit, pàg. 161. STSJ Canàries, 27 de setembre de 2002. AS 2002/885.

⁵⁸³ ALARCÓN CARACUEL, MR, DEL REY, S, "La reforma de la negociación colectiva", Madrid, Marcial Pons, 1995. Pàg. 62. Aquests autors expliquen aquesta problemàtica afirmant que la negociació col·lectiva té un contingut multiforme i per això mateix la naturalesa jurídica i l'eficàcia jurídica dels diversos productes de la negociació col·lectiva, han de ser també molt variats. Però en tots els casos, aquests productes vincularan les parts. Dit açò, alguns autors es decanten per atribuir força normativa als acords sobre la reorganització productiva. NORES TORRES, LE, "El período de consultas en la reorganización productiva empresarial", op.cit, pàg. 239, assenyala que malgrat les dificultats formals per poder acceptar l'eficàcia normativa de l'acord, es decanta per aquesta opció. En un mateix sentit: GORELLI HERNÁNDEZ, J, "Los acuerdos de empresa como fuente del ordenamiento laboral", op.cit, pàg. 60.

⁵⁸⁴ VALDÉS DAL-RÉ, F, "Notas sobre la reforma del marco legal de la estructura de la negociación colectiva", en D.A, Reforma de la legislación laboral", op.cit, pàg. 232.

⁵⁸⁵ OJEDA AVILÉS, A, "Delimitación de los acuerdos y pactos colectivos", AL, 1995, n°17, pàg. 264.

⁵⁸⁶ SANTOS FERNÁNDEZ, R, TORRENTE GARI, S, "Naturaleza y eficacia de los acuerdos alcanzados en el periodo de consultas en procedimientos de despidos colectivos", op.cit, pàg. 162.

⁵⁸⁷ CASAS BAAMONDE, ME, "La estructura de la negociación colectiva y las nuevas reglas sobre competencia y concurrencia de convenios colectivos", RL, 1994, n°17 y 18, pàg. 299.

⁵⁸⁸ STS, 21 gener de 1997. Ar 622. Fonament vuitè.

Des del meu entendre, el problema es genera per tractar d'atribuir la naturalesa jurídica dels convenis col·lectius als acords d'empresa. De tal forma, que si els identifiquem amb els estatutaris, entendrem que els acords tenen naturalesa normativa. Però depenent de la naturalesa que atribuïm als convenis extraestatutaries, els acords tindran una naturalesa jurídica o altra. Tanmateix, considere que allò més apropiat es partir de la diferenciació d'aquestes dues figures: el conveni i l'acord⁵⁸⁹. De tal forma, que, com veurem més endavant, els acords poden tenir una naturalesa normativa sense necessitat d'identificar-los amb els convenis col·lectius.

En definitiva, sota el debat referent a la naturalesa jurídica dels acords d'empresa, es troba subjacent la controvèrsia sobre la naturalesa jurídica que tenen els convenis extraestatutaris . I en concret, el debat l'hem de relacionar amb les diferents interpretacions que es podem fer de l'art 37 CE. La CE reconeix que els convenis tindran força vinculant. El problema radica a interpretar que significa exactament "força vinculant"⁵⁹⁰. Mentre un sector doctrinal, identifica aquell terme amb eficàcia normativa, altres entenen que no tots els convenis tindran aquesta eficàcia⁵⁹¹, amb la qual cosa, caldrà analitzar si aquell precepte dóna cobertura a altres productes diferents dels convenis.

8.3.1) L'ART 37 DE LA CE: AUTONOMIA COL·LECTIVA I NEGOCIACIÓ COL·LECTIVA:

A diferència de determinats plantejaments doctrinals exposats anteriorment que assimilaven els acords amb els convenis amb la finalitat d'atribuir-los la naturalesa jurídica d'aquells. Estime que l'anàlisi dels acords ha de partir de la diferenciació del conveni i de l'acord. En base a l'art 37 CE, ambdues figures serien producte de la negociació col·lectiva, tindrien naturalesa normativa, però serien figures diferents. Aquesta afirmació ens obliga a analitzar breument l'esmentat precepte.

L'art 37 CE és un precepte amb unes fortes dosis d'ambigüitat i en ell es recullen bàsicament dues idees. En primer lloc, el precepte reconeix allò que anomenem "autonomia col·lectiva", és a dir, un poder compartit entre els representants dels treballadors i els empresaris que els permet regular els seus interessos i específicament les relacions de treball⁵⁹². En segon lloc, reconeix de forma genèrica i sense limitacions la força vinculant dels convenis col·lectius.

⁵⁸⁹ GORELLI HERNÁNDEZ, J, "Los acuerdos de empresa como fuente del ordenamiento laboral", op.cit, pàg. 55. Comenta aquest autor, que no hem de confondre naturalesa amb eficàcia. La doctrina i la jurisprudència han tractat de centrar l'anàlisi sobre dues grans figures: el conveni estatutari i l'extraestatutari. S'estableix així, una bipolaritat de la negociació col·lectiva i això es produeix per la necessitat d'atribuir als diferents fenòmens de la negociació col·lectiva una determinada eficàcia, la qual cosa no és aconsellable.

⁵⁹⁰ En un sentit similar es pronuncia: MONEREO PÉREZ, JL, "El despido colectivo en el derecho español", op.cit, pàg. 177.

⁵⁹¹ SALA FRANCO, T, ALBIOL MONTESINOS, I, "Derecho sindical", op.cit, pàg. 378 i 379. Aquests autors posen de relleu les diferències doctrinals sobre aquestes qüestions i entenen que el conveni col·lectiu té força vinculant. L'ordenament constitucional els reconeix no com a simples contractes, sinó com a normes jurídiques amb les conseqüències que això implica.

⁵⁹² ALARCÓN CARACUEL, M, "Las relaciones Ley-Convenio Colectivo", en D.A, "las reformas laborales de 1994 y 1997". Op.cit, pàg. 18. GORELLI HERNÁNDEZ, J, "Los acuerdos de empresa como fuente del ordenamiento laboral", op.cit, pàg. 223.

Així doncs, podem dir que aquest reconeixement genèric té diferents implicacions de diferent abast. La primera idea que podem extreure d'aquest precepte és que el legislador constitucional reconeix la negociació col·lectiva com un poder normatiu. Aquesta tindria la capacitat d'elaborar una mena de normes que, respectant el contingut de la llei, podrien regular les relacions laborals dins del seu àmbit corresponent⁵⁹³. Aquest plantejament ens permet identificar la força vinculant amb la força normativa⁵⁹⁴. Però a més, l'art 37 no limita aquesta capacitat de regulació a un producte concret com és el conveni, perquè el precepte constitucional reconeix amb caràcter genèric el dret a la negociació col·lectiva. Així doncs, que a partir de l'autonomia col·lectiva atribuïda a les parts, el procediment de negociació podrà donar lloc a diferents productes: convenis, acords o pactes.

Tenint en compte aquestes idees, podríem dir que ambdues classes de convenis tenen força vinculant. La idea seria la següent: La constitució reconeix el dret a la negociació col·lectiva i una norma podrà desenvolupar aquest dret i podrà inclús, reservar aquella negociació col·lectiva per a determinats subjectes, una negociació que derivaria en allò que coneguem com convenis estatutaris. Però allò que no podem fer és negar i eliminar el dret a la negociació col·lectiva reconegut de forma general en la CE.

Com raona algun òrgan judicial⁵⁹⁵, l'art 37 CE garanteix tots els productes que emanen de l'autonomia col·lectiva, així com la seua eficàcia inderogable. La CE empara tots els convenis col·lectius i la seua eficàcia normativa. El dubte sobre la naturalesa normativa dels Convenis extraestatutaris va sorgir amb la promulgació de l'ET, perquè el Títol III de l'ET reconeix un plus "d'eficàcia erga omnes" als convenis que compleixen les exigències recollides en aquell títol. Tanmateix, respecte d'aquest plantejament podem dir que privar a un determinat conveni d'una garantia

⁵⁹³ STC 58/1985, 30 de maig. STS, 30 de juny de 1984, RJ 1884/3376. reconeix que els convenis, d'acord amb allò dit en l'art 37 CE, són una font del dret. Així és, ja que creen drets i deures entre les parts i tenen eficàcia normativa. L'únic límit que té el caràcter vinculant del conveni és la norma de dret necessari. Per la seua part, el TS, 17 de febrer de 1987, RJ 1987/878, reconeix que el conveni col·lectiu constitueix una unitat orgànica d'aplicació global. No és lícit emparant-nos en una clàusula específica més beneficiosa i eludir altres existents. En un mateix sentit: STSJ, Catalunya, 20 març de 1995. Ar 1139. STSJ de Canàries, 11 abril de 1996. Ar 1285.

⁵⁹⁴ La STC 58/1985, 30 de maig, reconeix que la garantia constitucional de la força vinculant implica l'atribució als convenis col·lectius d'una eficàcia jurídica en virtut de la qual, el contingut normatiu d'aquells s'imposa a les relacions individuals de treball incloses en els seus àmbits d'aplicació de forma automàtica. Per la seua part, la STC 73/1984 considera que el Conveni constitueix el resultat de la negociació. Per tant, no és només un contracte, sinó una norma que regula les condicions de treball d'aquells que estan sotmesos a ell. Com explica el TSJ d'Andalusia, 22 de desembre de 1995. Ar 4663. La força vinculant i l'eficàcia normativa comporten dues conseqüències importants: en primer lloc, el contingut normatiu s'imposa al contingut del contracte de treball. I en segon lloc, la indisponibilitat en virtut de la qual els drets reconeguts al treballador per drets estatals de dret necessari afecten també els dret establerts amb caràcter mínim en els convenis col·lectius. El caràcter normatiu dels convenis es posa de manifest a través de les clàusules normatives. El TSJ de la Rioja, 14 de març de 1995. Ar 872. explica que aquestes regulen el contingut dels contractes de treball. Tenen caràcter de força del dret, art 3.1.b ET i art 37 CE, i el seu compliment és obligatori. De tal forma, que si l'empresari no les respecta pot donar lloc a una sanció administrativa. Per la seua part, l'incompliment per part del treballador pot donar lloc a una sanció perquè són normes imperatives que s'imposen a la voluntat de les parts i en cas que no es respecten, generen drets que es poden exercitar directament davant els òrgans de la jurisdicció social.

⁵⁹⁵ STSJ Andalusia, 22 desembre de 1995. Ar 4663. Aquest tribunal entén que els convenis extraestatutaris tenen naturalesa normativa. Considera que tenen eficàcia real i que aquesta no pot trobar una solució tècnicament rigorosa dins de la lògica privada. L'art 37 CE garanteix l'exercici de l'autonomia col·lectiva i com a conseqüència garanteix tots els productes que d'ella emanen, així com la seua eficàcia inderogable.

constitucional, pel simple fet de no regir-se pel Títol III o simplement per tenir una eficàcia normativa limitada, és un argument contrari a la garantia recollida en l'art 37 CE, una garantia que afecta tots els productes de l'autonomia col·lectiva.

Seguint amb aquestes idees, els convenis extraestatutaries troben també un fonament legal en l'art 37 CE i per tant, tenen força normativa⁵⁹⁶. Diverses resolucions del TC⁵⁹⁷ consideren que el dret a la negociació col·lectiva amb altres drets, formen un nucli mínim i indisponible de la Llibertat sindical. És a dir, la negociació col·lectiva forma part del contingut essencial de l'art 28 CE. De tal forma, que la llei ordinària no podria negar aquell dret a determinades representacions sindicals i limitar d'aquesta forma el seu contingut essencial. Per altra part, l'art 37 CE reconeix de forma genèrica el dret a la negociació col·lectiva, sense limitar el seu exercici en funció de determinada legitimitat. El mateix ocorre amb l'art 2.2.d LLOLLS, que entre les funcions atribuïdes al sindicat en general, els reconeix el dret a la negociació col·lectiva⁵⁹⁸.

Però a més, fent una interpretació ampla de l'art 37 CE, podem entendre que el dret a la negociació col·lectiva que consagra la CE, empara diferents productes que són negociats pels representants dels treballadors. Tanmateix, algun autor⁵⁹⁹ considera que els acords col·lectius no constitueixen una manifestació de l'art 37 CE, excepte si interpretem el terme "negociació col·lectiva" en sentit ampli. Estima que no serien una

⁵⁹⁶ STC 73/1984, STC 217/1991. Explica que l'opció legislativa a favor del conveni d'eficàcia general no exhaureix el contingut de l'art 37.1 CE. STSJ, Extremadura, 15 abril de 1994. Ar 1626: com raona el Tribunal, la jurisprudència del TCT atribuïa als convenis extraestatutaris eficàcia contractual, el TCT incorria en contradiccions per aplicar els mateixos principis jurídics propis de les normes. No obstant això, la STC 58/1985 dóna indicis per a entendre que aquells convenis tenen eficàcia normativa, perquè assenyalava que l'ET no exhaureix el contingut del precepte constitucional. Per altra part, considera que la garantia constitucional de la força vinculant dels convenis, implica atribuir-los una eficàcia jurídica. De tal forma, que el seu contingut normatiu s'imposa a les relacions individual. Per tant, Els convenis extraestatutaris tenen el seu fonament en l'art 37.1 CE i són conseqüència de l'exercici de la llibertat sindical. A la mateixa conclusió arriba el TSJ d'Andalusia, 13 de març de 1995. Ar 1020. Considera que aquests convenis són negociats a l'emparament de l'art 37.1 CE, i la seua validesa i eficàcia deriva d'allò dit en l'art 37.1 CE i en el CC. En contra: STSJ la Rioja, 22 de juliol del 1996. Ar 2663. Aquests convenis provenen de l'art 37.1 CE, però no tenen eficàcia normativa. Tenen força vinculant de caràcter contractual. Podem dir doncs, que el Tribunal no identifica el caràcter vinculant recollit en l'art 37.1 CE amb força normativa. En un mateix sentit: STSJ València, 20 febrer del 1996. Ar 384. Per la seua part, la STSJ Andalusia, 7 de juliol de 1994. Ar 2340, va més enllà i estima que els convenis extraestatutaris no deriven de l'art 37.1 CE, sinó de l'autonomia de la voluntat, art 1255 CC, són negocis jurídics sotmesos a la normativa pròpia del dret civil. En un mateix sentit: STSJ Andalusia, 24 de juliol del 1994, Ar 2348.

⁵⁹⁷ STC 9/1988, 25 de gener. L'art 28 CE integra com a drets d'activitat els drets a la negociació col·lectiva, la vaga, i la incoació de conflictes col·lectius, uns mitjans d'acció que ajuden als sindicats a desenvolupar la seua activitat. Els drets citats formen un nucli mínim i indisponibles de la Llibertat Sindical. STC. 39/1986, 31 de març. STC 51/1988, 22 de març. STC 61/1989, 3 abril. La STC 37/1983, 11 de maig, reconeixia que l'activitat d'un sindicat no consisteix únicament a representar els seus membres, a més els legitima per a exercir aquells drets d'exercici col·lectiu. D'aquesta forma l'art 37.2 CE es conjuga amb l'art 28.2 CE, i amb l'art 37.1 CE, per a definir l'àmbit d'exercici de la llibertat sindical.

⁵⁹⁸ La STC 98/1985, 29 de juliol, reconeix el dret a negociar convenis col·lectius extraestatutaris. El TC estima que només en relació amb els convenis col·lectius d'eficàcia general, el legislador ha ordenat la negociació col·lectiva per a garantir la validesa dels convenis col·lectius. Però des dels preceptes de l'ET que dedica a la negociació col·lectiva, cap es refereix a una negociació col·lectiva comú d'eficàcia limitada. Quan els recurrents al·leguen que aquesta no es desenvolupa i entenen que l'existència i regulació de la negociació col·lectiva d'eficàcia general impedeix aquella, qüestionen l'opció legal (no excloent) per l'eficàcia legal. Aquesta opció però, ha estat declarada legitima i adequada a la CE.

⁵⁹⁹ En contra: SÁEZ LARA, C, "Los acuerdos colectivos de empresa: una aproximación a su naturaleza y régimen jurídico". Op.cit, pàg. 558.

manifestació del dret a la negociació col·lectiva consagrat en l'art 37 CE, tal i com aquest ha estat interpretada pel TC. Dins d'aquest marc, la naturalesa jurídica dels acords d'empresa es pot entendre millor des de la perspectiva de les competències de participació dels representants en l'empresa. Així doncs, depenent de la valoració que fem de l'art 37 CE, podem entendre que els acords d'empresa tenen naturalesa normativa o contractual.

8.3.2) LES DIFERÈNCIES ENTRE ELS ACORDS I ELS CONVENIS:

El dit fins ara ens permet qüestionar una vegada més aquells plantejaments doctrinals que identifiquen en general els acords d'empresa amb els convenis col·lectius: estatutaris i extraestatutaris. Des del meu punt de vista, tant els convenis com els acords són una manifestació de la negociació col·lectiva, però són figures diferents, perquè el legislador ha volgut reservar la consideració de convenis col·lectius a un producte específic de la negociació col·lectiva adoptat en virtut de l'autonomia col·lectiva de les parts.

Existeixen doncs, obstacles importants per poder equiparar aquests acords amb els convenis estatutaris. Ambdues figures són negociades pels representants dels treballadors amb la finalitat de regular una matèria concreta, però els convenis han de complir amb unes exigències que no són predicables dels acords, especialment pel que fa al procediment que han de seguir i a les exigències formals.

Així és, la validesa dels convenis es reconeix una vegada han estat registrat i publicat oficialment, art 89 i 90 ET⁶⁰⁰. Precisament per això, per no complir amb les exigències formals de l'art 90 ET, alguns autors⁶⁰¹ assenyalen les dificultats existents per poder reconèixer una naturalesa normativa a aquests acords. No sense raó, posen en relleu que és estrany que aquests acords tinguin efecte normatiu si no es publiquen oficialment com ocorre amb els convenis col·lectius, art 90 ET. Aquest és segurament l'argument de major pes per a qüestionar la naturalesa normativa dels acords d'empresa en general. Sobretot, si tenim present l'exigència de l'art 90 ET en relació amb l'art 2 del CC, un precepte que exigeix la publicació de la norma perquè entre en vigor.

Des del meu punt de vista i malgrat aquest inconvenient, estimo que els acords d'empresa tindran força normativa. No perquè siguin convenis col·lectius, sinó perquè són una manifestació de la negociació col·lectiva i perquè considere, que tindran la mateixa eficàcia jurídica que aquells. A més, cal recordar que comptem amb algun exemple en aquest sentit. De fet, el legislador ha atribuït eficàcia normativa a alguns acords, en concret als que posen fi a una vaga, art 8.2 del RDLL 17/1977.

⁶⁰⁰STSJ de la Rioja, 22 de juliol de 1996. Ar 2663. En un sentit similar: STSJ 13 abril 1994. Ar 1373. Els convenis estatutaris constitueixen una vertadera norma jurídica i com a tal l'art 90.3 ET ordena la seua publicació en el BOE o en aquell que correspon a la província, igual que l'art 2 CC exigeix la publicació de les lleis.

⁶⁰¹ MONEREO PÉREZ, JL, FERNÁNDEZ AVILÉS, JA, "Los despidos colectivos en el derecho español", op.cit, pàg. 183. Resulta difícil acceptar l'eficàcia normativa d'una manifestació de l'autonomia col·lectiva que no se sotmet al procediment d'elaboració i tramitació dels convenis col·lectius reconeguts en l'art 89 i següents de l'ET. OJEDA AVILÉS, A, "Delimitación de los acuerdos y pactos de empresa", op.cit. pàg. 262. Indiquen alguns que els tràmits de la negociació són similars entre alguns acords i els convenis. Però obliden que importants requisits com la redacció, subscriure les actes, l'escriptura del text final i la publicació en el BOE no són requisits exigits per als acords.

En segon lloc, tampoc podem assimilar aquests acords amb els convenis extraestatutaris. L'acord sobre la reorganització empresarial, art 51 ET igual que la resta d'acords, es troba tipificat en l'ET. A més, en aquest cas i a diferència d'altres acords d'empresa que es caracteritzen per un cert grau d'informalitat, el legislador ha recollit una regulació específica en relació amb el procediment que cal seguir, el contingut i les regles de legitimitat per a signar-los⁶⁰².

8.3.3) NATURALESA JURÍDICA DELS ACORDS PRODUÏTS DURANT LES CONSULTES DE L'EXPEDIENT:

Les idees exposades anteriorment, ens permeten analitzar més adequadament la naturalesa jurídica d'aquests acords d'empresa. No obstant això, hem de partir aquest anàlisi tenint present que ens trobem davant un supòsit paradigmàtic. Sobre ell s'ha dit que no és una vertadera negociació col·lectiva, entesa des de la perspectiva de l'art 37 CE. Han dit a més, que no el deuríem incloure dins dels acords d'empresa⁶⁰³. I en darrer lloc, algunes autors han estimat que no aporten cap regulació, simplement són una forma de canalitzar els poders d'organització de l'empresari. En definitiva, es diu que aquests acords estan més propers a les fórmules de participació a l'empresa que de la negociació col·lectiva.

Segons aquests plantejaments, els acords d'empresa adoptats a través del període de consultes no són el resultat ordinari de la negociació col·lectiva entesa d'acord amb l'art 37 CE, són acords que s'adopten com una mesura de reorganització empresarial. El seu punt de partida és una proposta que es fa als representants dels treballadors en base als poders de direcció de l'empresari, una mesura que l'adoptarà arriben a un acord o no⁶⁰⁴. Per a alguns autors⁶⁰⁵, aquests acords són una via de participació o al menys un mecanisme híbrid de negociació i participació en l'empresa.

Aquestes idees, encara que no les compartesc, ens donen una idea sobre com enfrontar aquests acords. Certament, aquests pactes no poden ser analitzats exclusivament des de l'òptica de l'art 37CE, perquè són també la conseqüència dels

⁶⁰² GORELLI HERNÁNDEZ, J, "Los acuerdos de empresa como fuente del ordenamiento laboral", op.cit, pàg. 51.

⁶⁰³ GARCÍA MURCIA, J, "Función, significado y topología de los acuerdos de empresa", DL, 1995, n°46, pàg. 53. Aquests acords presenten nombroses diferències respecte els acords de regulació, de tal forma que ens podem plantejar si realment són acords d'empresa. Hem de tenir present que no són pròpiament una font de regulació, sinó més aviat un procediment per a adoptar decisions.

⁶⁰⁴ SALA FRANCO, T, PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F, GOERLICH PESET, JM, "Manifestaciones de la autonomía colectiva", op.cit, pàg. 145. ALFONSO MELLADO, CL, PEDRAJAS MORENO, A, SALA FRANCO, T, "Los acuerdos de reorganización productiva", op.cit, pàg. 1402. MOLINA GARCÍA, M, CAIROS BARRETO, DM. "Clasificación de los acuerdos de empresa, y su relación con el convenio colectivo", en D.A, "El arbitraje laboral. Los acuerdos de empresa", op.cit, pàg. 299.

⁶⁰⁵ GARCÍA MURCIA, J, "Función, significado y topología de los acuerdos de empresa", op.cit. pàg. 54. En un sentit similar: STS, 29 juny de 1995, Ar 6251: Seguint els plantejaments de la STC 92/1992 i en relació amb un acord dels previstos en l'art 41 ET, el Tribunal va estimar que no estàvem davant una negociació col·lectiva laboral. Diu l'òrgan judicial que en el cas de l'art 41, l'ET no estableix un procediment de negociació col·lectiva similar al previst en el Títol III de l'ET. En canvi, més recentment el TS en relació amb un acord sobre un acomiadament col·lectiu, l'ha qualificat com un conveni impropri: STS, 21 de gener de 1997, Ar 622. Un conveni que està fora dels convenis estatutaris, però producte de la negociació col·lectiva de l'art 37.1 CE, però sense força normativa.

poders de participació dels representants dels treballadors a l'empresa⁶⁰⁶ i de la seua participació en la gestió d'aquesta, art 64 ET i 51 ET. Certament, el nostre ET ha articulat un model de gestió participativa a l'empresa que es basa en la transparència informativa. L'objectiu perseguit és precisament que determinades decisions d'interès comú siguen adoptades amb els representants dels treballadors, amb la qual cosa intentarien reduir el clima de conflicte que pot rodejar l'adopció de determinades mesures. Però aquesta participació dels treballadors en l'empresa s'articula a través de la consulta o de la negociació.

Segons aquest plantejament, l'empresari informará i consultarà els representants dels treballadors i aquests emetran informes que no el vincularan: art 64.4, 64.5 ET. Però en altres ocasions, l'adopció de determinades mesures empresarials aniran precedides d'una vertadera negociació col·lectiva: art 40.2, 41.1, 47.1 i 51 ET. Podríem dir que la negociació és un dels instruments mitjançant el qual, el legislador garanteix la participació dels treballadors a l'empresa. Com exposa alguna autora⁶⁰⁷ “aquella separació entre participació a l'empresa i negociació col·lectiva, que si bé és pròpia d'altres ordenaments no és fàcil de traslladar al nostre, perquè els representants dels treballadors a l'empresa tenen reconeguts poders de negociació”.

Tenint en compte aquests plantejaments, no és pot continuar mantenint la tesi assentada en la STC 92/1992 que en relació amb l'art 41 ET, va negar que ens trobàvem davant una vertadera negociació col·lectiva. Així és, diferents indicis ens permeten afirmar que els acords sobre la reorganització empresarial són una manifestació d'aquesta. En primer lloc, cal recordar que la reforma del 1994 va transformar les consultes de l'art 51 ET en una vertadera negociació col·lectiva sobre la reorganització empresarial. Les consultes van deixar de ser una simple fase d'intercanvi de documentació i d'acceptació sense més de la proposta empresarial. El legislador va ampliar els continguts i va alterar el seu funcionament amb la finalitat que les parts pogueren negociar les diferents propostes presentades per l'empresari en vistes a assolir un acord col·lectiu sobre la reestructuració empresarial.

Seguint amb aquesta idea, hem de recordar també que el legislador va aproximar la negociació de l'expedient a les regles i funcionament previst per a la negociació dels convenis del Títol III, i posaren en relleu determinada similitud en relació amb les regles de legitimitat o amb les de negociació. Recordem que tant en un cas com en l'altre, les consultes han de regir-se pel principi de bona fe i els representants dels treballadors podran comptar amb assistència de tècnics i experts. No obstant, aquestes similituds posen en relleu només que tant el conveni com l'acord són una manifestació de la negociació col·lectiva, però no ens permet identificar l'acord amb el conveni col·lectiu. Ambdues figures són diferents. Però aquestes diferències no ens permeten negar als acords de l'art 51 ET de la cobertura de l'art 37CE.

⁶⁰⁶ SÁEZ LARA, C, “Los acuerdos colectivos de empresa: una aproximación a su naturaleza y régimen jurídico”, op.cit, pàg. 556. En un mateix sentit: ELORZA GUERRERO, F, “Los acuerdos de empresa en el Estatuto de los trabajadores”, op.cit, pàg. 240: en aquest sentit, assenyala aquest darrer autor que la negociació i la participació son dos fenòmens amb importants connexions. Cal recordar, com des de fa temps es considera la negociació com “una forma satisfactòria de democràcia industrial”.

⁶⁰⁷ CASAS BAAMONDE, ME, “Arbitraje de consultas, judicialización de las relaciones laborales y estructura de la negociación colectiva”, RL, 1994-II, pàg. 22. Aquesta tesi és menys acceptable encara després de la reforma del 1994. Els acords de consultes són una manifestació de la negociació col·lectiva a través de la qual els representants dels treballadors participen en la gestió del poder empresarial.

En relació amb els acords sobre la reorganització empresarial, s'ha dit també que a diferència dels convenis o altres normes, el seu contingut no pretén regular els diferents aspectes de la relació laboral amb vocació de permanència. Aquests acords tindrien efectes contractuals entre les parts i servirien bàsicament per a reglamentar els poders organitzatius de l'empresari. El seu objectiu seria legitimar una decisió empresarial⁶⁰⁸. Al·leguen els defensors d'aquests plantejaments que l'acord en si, no legitima l'empresari per a extingir els contractes. Aquest haurà de ser homologat per l'autoritat laboral i serà ella la que autoritzi unes extincions o no. En contra d'aquest plantejament podem al·legar els següents arguments:

En primer lloc, cal dir que els acords sobre la reorganització empresarial poden incloure un contingut molt variat, ampli i complex. Els canvis introduïts per la reforma impedeixen que el període de consultes el limitem a fixar les quanties econòmiques que acompanyaran les extincions. El legislador obliga les parts a negociar mesures destinades a evitar les extincions i altres destinades a reduir els efectes negatius dels acomiadaments.

Segons aquesta nova filosofia del període de consultes, l'acord podrà recollir acomiadaments, mesures formatives, cursos que tracten de facilitar la reincorporació dels treballadors en el món laboral, una borsa de treball formada per aquests treballadors. Podrà igualment recollir trasllats i desplaçaments i segurament l'acord fixarà les condicions que s'han de seguir o els requisits que han de tenir els treballadors que es poden acollir a aquestes mesures. En definitiva, l'acord podrà suposar una reorganització empresarial general que anirà més enllà d'uns simples acomiadaments.

A més a més, si les parts han decidit canalitzar els acomiadaments mitjançant les prejubilacions, està clar que l'acord haurà de regular el règim jurídic al qual quedaran sotmesos aquests treballadors. Haurà de regular la quantia que rebran fins que accedesquen a la jubilació o si tenen dret o no a alguna gratificació reconeguda per conveni. Hem de pensar que aquests treballadors estaran una llarga temporada en aquesta situació. Per tant, alguna regulació de l'acord podrà tenir una duració limitada i altra regulació com aquesta tindrà una llarga duració.

En segon lloc, a l'hora de defensar la naturalesa normativa dels acords podem exposar algun argument més. Així és, l'acord podrà modificar l'horari, el règim de treball a torns, el sistema de remuneració o el sistema de treball, art 41 ET. De tal forma, que a través d'ell podrem desvincular-nos de la regulació convencional. Aquesta ruptura respecte a la regulació del conveni implicarà una nova regulació sobre aquestes matèries que recollirà l'acord col·lectiu signat amb els representants dels treballadors⁶⁰⁹.

⁶⁰⁸ ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J, "Acuerdos entre empresarios y trabajadores en materia de despidos colectivos", op.cit, pàg. 527.

⁶⁰⁹ Concretament, l'acord signat el 16 de desembre de 2004 i incorporat a l'expedient 33/2004. TREFILERIAS QUIJANO, preveia a més de baixes, acomiadaments, recol·locacions i altres mesures, una clàusula que modificava salaris i en la qual es deia " que equiparen la jornada anual de TQ amb l'establerta en TYCSA des de l'1 de juliol de 2004. El present acord té força de conveni col·lectiu i les parts signants tenen potestat per a pactar-lo. Per tant, a través de la signatura del present acord la part social renuncia al VIII CC de Trefilerías i es compromet a realitzar les gestions oportunes per a realitzar un nou conveni amb les mateixes estipulacions que el vigent en TYCSA amb data d'entrada en vigor d'1 de juliol de 2004".

Totes aquestes circumstàncies posen en relleu que malgrat el tractament diferenciat que realitza el legislador sobre els acords d'empresa, l'acord sobre la reestructuració empresarial podrà barrejar matèries pròpies d'altres acords col·lectius. Aquest anirà més enllà de la regulació d'uns acomiadaments i aportarà una regulació que afectarà les parts i els treballadors, una regulació que a més podrà alterar alguns aspectes de la regulació convencional.

En tercer lloc, com comentava en uns paràgrafs anteriors, algun autor⁶¹⁰ ha considerat que aquests acords només creen obligacions entre les parts. L'objectiu seria donar certa legitimitat a la decisió empresarial, perquè tant si existeix acord com si no, serà sempre l'Administració la que autoritze les extincions. Tanmateix, aquest plantejament ha de ser matisat.

Certament, tant si hi ha acord com si no hi ha acord, serà l'Administració la que autoritze els acomiadaments, però si existeix un pacte col·lectiu, aquest vincularà les parts i a l'autoritat laboral i aquesta no el podrà modificar ni podrà proposar mesures alternatives. La seua llavor es limitarà a homologar el pacte subscrit entre les parts. Excepte clar està, que observe frau, dol, coacció o abús de dret a l'hora de concloure l'acord. De tal forma, que si l'empresari decideix materialitzar les mesures acordades i homologades, haurà de respectar els termes fixats en l'acord col·lectiu perquè només està autoritzat per a dur endavant unes mesures concretes i en uns termes concrets.

Les idees exposades fins ara, ens permeten defensar la naturalesa normativa dels acords sobre la reorganització empresarial, uns acords que a més⁶¹¹ vincularan les parts. Certament, existeixen dificultats a l'hora de mantenir aquest plantejament, i no només perquè no es publiquen i això dificulta la defensa de la seua naturalesa normativa, sinó perquè el contingut d'algunes clàusules poden plantejar dubtes. Hem referenciat a les clàusules que preveuen un compromís de reincorporació a l'empresa. Així i tot, i malgrat les dificultats formals existents per acceptar l'eficàcia normativa de l'acord de reorganització, sembla que aquesta és la postura que millor s'acomoda al funcionament real d'aquests acords⁶¹².

A favor de la naturalesa normativa d'aquests acords, algun autor⁶¹³ ha dit que aquests són acords col·lectius, pels subjectes que intervenen i la forma d'actuar de la representació dels treballadors, una forma aliena al mandat del Dret Comú. Són acords novatoris, perquè l'extinció, suspensió o modificació pactada suposa l'alteració objectiva de les condicions de treball i dels contractes de treball dels afectats. I és un acord normatiu perquè la modificació contractual afecta no només els signants, sinó també els tercers, aliens a les parts negociadores. Això li confereix aquella naturalesa i

⁶¹⁰ ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J, "Acuerdos entre empresario y trabajadores en materia de despidos colectivos", op.cit, pàg. 527.

⁶¹¹ STSJ, 14 desembre 1995, Ar 4816. STSJ Canàries, 26 de juliol del 1995, 2731. L'acord vincularà les parts i això implica que no podran acollir-se a unes clàusules que els beneficien i rebutjar altres.

⁶¹² NORES TORRES, LE, "El período de consultas en la reorganización productiva empresarial", op.cit, pàg. 239. MONEREO PÉREZ, JL, FERNÁNDEZ AVILÉS, JA, "El despido colectivo en el derecho español", op.cit, pàg. 185. Malgrat no estar subjectes a la tramitació prevista en el Títol III, res exclouria la possibilitat d'elaboració d'acord amb aquell procediment, amb la qual cosa aconseguirien l'eficàcia normativa pròpia del conveni col·lectiu estatutari. De no ser així, ens mantenim en un àmbit estrictament contractual, encara que col·lectiu i amb emparament en l'art 37 CE.

⁶¹³ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, JJ, "Expedientes de regulación de empleo", op.cit, pàg. 75 i 76.

l'aproxima als convenis. En definitiva, es diu que aquests acords són un contracte normatiu de caràcter col·lectiu. Aquests acords són un vertader acte de producció de normes jurídiques, que formen part del sistema de fonts i tenen la força vinculant que deriva de l'art 37.1 CE.⁶¹⁴

Tanmateix, alguns autors mantenen que aquestes no tenen un caràcter normatiu⁶¹⁵, sinó obligatori. Aquells que mantenen aquesta tesi donen a entendre que aquestes obligacions només creen obligacions entre les parts, només imposen un comportament als subjectes que han negociat l'acord, perquè els obliga a tenir determinat comportament i genera d'aquesta forma drets i obligacions entre elles. Aquestes clàusules, mantenint les distàncies, tindrien un significat similar al que tenen les clàusules obligatòries del conveni.

Segons defèn aquest corrent doctrinal⁶¹⁶, l'acord en qüestió podrà tenir continguts normatius i altres obligatoris. Respecte a l'existència concreta del contracte dels treballadors afectats per l'acord, no existeix ni eficàcia obligatòria ni normativa, perquè l'acord no extingeix els contractes, sinó que habilita l'empresari per a adoptar aquella decisió. En canvi, les clàusules referents a les indemnitzacions i aquelles que afecten altres treballadors no acomiadats i que han estat pactades en contrapartida a la reducció dels acomiadaments: modificacions funcionals, salarials, modificació de jornada tindran naturalesa normativa. Mentre, que aquelles que preveuen una reincorporació en l'empresa o en el grup tindran un caràcter obligatori.

Un plantejament similar manté la doctrina judicial. Algunes sentències⁶¹⁷, defenen la naturalesa o origen contractual, però entenen que l'acord pot tenir efectes de diferent naturalesa. Alguns seran parcialment constitutius: aquells que es refereixen a la causa, els quals vincularan l'empresari i l'Administració. El mateix passa quan l'acord concrete els treballadors afectats per l'acomiadament. Altres efectes tenen caràcter obligatori: aquells que es refereixen a la reincorporació dels treballadors. I altres tenen caràcter normatiu: com és el cas de les indemnitzacions. Així doncs, aquests pactes participen de naturalesa anàloga a les clàusules normatives del conveni.

En relació amb les clàusules que preveuen reincorporacions mantinc algunes reserves, però considere que si les parts preveuen amb caràcter general aquest compromís de reincorporació sense regular les condicions d'exercici d'aquest dret i el supediten a una suposada milloria de l'empresa, la clàusula tindrà un caràcter obligatori, perquè les parts només es comprometen a un determinat comportament. És a dir,

⁶¹⁴ MONEREO PÉREZ, JL, "Las relaciones laborales en la reestructuración y saneamiento de la empresa", en D.A., "XVI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo", op.cit, pàg. 112.

⁶¹⁵ ALARCÓN CARACUEL, MR, DEL REY, S, "La reforma de la negociación colectiva", op.cit, pàg. 66.

⁶¹⁶ REY GUANTER, S, "los despidos por causas empresariales" y fuerza mayor: Líneas esenciales de la reforma (art 51 y 52.c ET", en D.A., "La reforma del ET, ", op.cit, pàg. 259. FUSTÉ MIQUELA, JM, "Negociación colectiva, gestión participada y acuerdo de consultas en el despido colectivo. Algunas reflexiones sobre el nuevo marco legal", en DA, OJEDA AVILÉS, A, (Coor), "El arbitraje laboral. Los acuerdos de empresa", op.cit, pàg. 264. GORELLI HERNÁNDEZ, J, "Los acuerdos de empresa como fuente del ordenamiento laboral", op.cit, pàg. 120. I en un sentit similar: SERRANO GARCÍA, JM, La indemnización por despido colectivo: ¿derecho necesario o dispositivo?. RL-I, 1998, pàg. 549.

⁶¹⁷ STSJ Andalusia, 9 de juliol de 2004. AS 2004/1304. STSJ Andalusia, 14 de febrer de 2003. AS 2003/3236.

s'obliguen a fer allò que poden per a reincorporar els treballadors, però aquesta obligació quedarà supeditada a un esdeveniment futur: l'evolució de l'empresa.

En canvi entenc, que si les parts pacten en l'acord els requisits que han de complir els treballadors que poden reincorporar-se, els terminis, l'ordre que cal seguir per a reincorporar-se. És a dir, regulen les condicions per a exercir aquest dret, aquesta clàusula tindrà un caràcter normatiu. Per tant, els treballadors podran exigir el seu compliment. En qualsevol cas, tot dependrà de la voluntat de les parts i de la seua intenció.

No obstant això, considere que el simple fet que unes clàusules puguen tenir eficàcia obligacional no ens permet negar l'eficàcia normativa de l'acord sobre la reorganització empresarial. L'existència d'uns compromisos que només vinculen les parts que han subscrit l'acord, no impedeix que aquests puguen conviure amb clàusules que tenen caràcter normatiu ni impedeix que atribuïm a l'acord eficàcia de conveni. Tant és així, que els convenis col·lectius també compten amb clàusules obligacionals, uns compromisos que no creen drets que poden ser exercits pels treballadors, sinó que vinculen només les parts que han subscrit el conveni i ningú nega la naturalesa normativa dels convenis col·lectius.

8.3.4) EFICÀCIA PERSONAL DE L'ACORD SOBRE LA REORGANITZACIÓ PRODUCTIVA:

Menys problemes planteja la disjuntiva sobre si aquests acords tenen eficàcia general o limitada. La majoria de la doctrina accepta sense massa discrepàncies l'eficàcia general dels acords sobre la reestructuració empresarial. Per a defensar aquesta postura, normalment al·leguen la similitud existent entre les regles de legitimitat recollides en l'art 87 i 88 ET i les recollides en l'art 51 ET. A més, allò normal serà que l'acord afecte d'alguna o d'altra forma tots els treballadors de l'empresa, amb la qual cosa sembla lògic defensar l'eficàcia general de l'acord.

Per altra banda, aquest plantejament sembla raonable si tenim en compte que l'acord no només recollirà determinades extincions, sinó que a més suposarà una reorganització general de l'empresa. De tal forma, que els acomiadaments només afectaran uns treballadors concrets, però la resta de mesures i efectes que es deriven de l'expedient repercutiran sobre la resta de treballadors⁶¹⁸.

9) CONTINGUT DE L'ACORD SOBRE LA REESTRUCTURACIÓ EMPRESARIAL:

El legislador imposa l'obligació de negociar el projecte d'acomiadament col·lectiu entre els representants dels treballadors i l'empresari a efectes d'aconseguir un acord sobre la reorganització empresarial, art 51 ET. No obstant això, ni l'ET ni la

⁶¹⁸ GORELLI HERNÁNDEZ, J, "Los acuerdos de empresa como fuente del ordenamiento laboral", op.cit, pàg. 123. Amb un plantejament diferent: SANTOS FERNÁNDEZ, R, TORRENTE GARI, S, "Naturaleza y eficacia de los acuerdos alcanzados en período de consultas en procedimientos de despidos colectivos", op.cit, pàg. 161. Aquestes autores estimen que ens trobem davant una categoria híbrida, entre la negociació col·lectiva i els acords de naturalesa contractual, sense força normativa i amb eficàcia potencialment general, però actual limitada.

norma de desenvolupament de l'art 51 ET, preveuen el contingut i l'abast que pot tenir aquest acord col·lectiu. De qualsevol forma, el seu possible contingut és definit indirectament mitjançant els documents i contingut del període de consultes. Conseqüentment, si allò que han debatut és el projecte d'acomiadament, el pla d'acompanyament social i el pla de viabilitat, el contingut de l'acord versarà bàsicament sobre aquests tres elements.

Realment existeixen múltiples possibilitats en relació amb el seu possible contingut, però podem dir que aquest variarà en funció de les mesures empresarials proposades i debatudes durant les consultes, unes mesures que poden tenir un significat i un abast molt diferent segons el desequilibri que pateix l'empresa i segons les dimensions d'aquesta. En aquest sentit, cabria recordar que no totes les empreses tenen l'obligació legal d'aportar un pla d'acompanyament social. Però a més, com ha exposat algun autor⁶¹⁹, l'acord pot ser tan complex com ens vulguem imaginar, sobretot, quan introdueix mesures ajornades o condicionades pels successos futurs que poden produir-se durant aquells terminis.

Aquesta complexitat augmenta, si tenim en compte que malgrat que el nostre legislador intenta donar un tractament individualitzat als acords d'empresa i diferencia entre acords que regulen condicions de treball, art 22.1, 24.2, art 34, 41.1 ET, acords de desvinculació del règim salarial, art 82.3 ET i acords que impliquen una reorganització empresarial. En realitat, els acords sobre la reestructuració empresarial podran incloure moltes d'aquelles mesures i moltes més.

Aquesta possibilitat es troba avalada pel fet que aquests acords són una manifestació de la negociació col·lectiva d'àmbit empresarial i amb el seu contingut típic referit a la causa d'extinció de l'art 51 ET i els seus efectes, pot regular altres qüestions com: la mobilitat funcional, trasllats, desplaçaments o modificacions de les condicions de treball. Tant és així, que no existeix cap regla dirigida a prohibir aquesta acumulació de continguts. No obstant això, la validesa d'aquestes regulacions estarà limitada pel respecte als mínims legals específics en cada cas⁶²⁰.

Precisament, la diversitat de mesures, continguts i propostes de l'acord, pot dificultar encara més la seua compressió. En realitat, els nostres tribunals⁶²¹ entenen que els acords sobre la causalitat de l'acomiadament tenen uns efectes constitutius i vinculen l'Administració que és la que ha de dictar la resolució autoritzant-los. Els pactes sobre la col·locació de nou dels treballadors a l'empresa o en el grup, tenen un caràcter obligatori i els pactes sobre la indemnització o les quanties acordades per altres conceptes tenen naturalesa normativa. En qualsevol cas, el seu contingut vincularà les parts i afectarà els treballadors, perquè introduirà una nova regulació que afectarà algunes de les condicions de treball que aquests gaudien.

⁶¹⁹ MOLERO MANGLANO, C, "Los expedientes de regulación de empleo y sus problemas básicos (III)", op.cit, pàg. 566.

⁶²⁰ STSJ Andalusia, 14 de febrer de 2003, AS 2003/3236.

⁶²¹ STSJ, Andalusia, 9 juliol de 2004, AS 2004/1304. STSJ Andalusia, 14 de febrer de 2003, AS 2003/3236.

Segons es manté en alguna resolució judicial⁶²², l'acord produït durant les consultes sobre les modificacions o extincions són una manifestació de la negociació col·lectiva. És més, una vegada provada la seua existència i una vegada hem afirmant el seu caràcter d'acord col·lectiu, aquest esdevé una font reguladora de les relacions laborals dels treballadors afectats amb força vinculant similar a la dels convenis col·lectius.

No obstant això, i malgrat el que puga semblar, les parts no gaudeixen d'unes facultats il·limitades a l'hora de donar contingut a l'acord sobre la reorganització empresarial. Igual que en altres àmbits de la negociació col·lectiva, l'acord signat per l'empresari i els representants dels treballadors haurà de respectar les normes de dret necessari mínim i les normes de dret imperatiu que configuren el règim jurídic dels acomiadaments col·lectius.

El simple fet que l'acord siga fruit d'una negociació amb els representants dels treballadors, no significa que les parts puguen eludir aquelles normes de caràcter necessari o imperatiu. En les reestructuracions empresarials, les causes, el procediment i l'obligació d'indemnitzar són dret imperatiu. Conseqüentment, l'acord no podrà eludir l'element causal, les parts només podran justificar les extincions en una de les causes taxades per la llei i l'acord haurà de justificar i relacionar la causa amb les mesures incloses en ell.

En relació amb la indemnització, malgrat que algunes resolucions judicials han qüestionat la naturalesa jurídica de l'art 51.8 ET, aquest article ha de ser considerat dret mínim necessari, amb la qual cosa les parts negociadores no podran establir una indemnització inferior, no la podran substituir i la seua percepció no podrà estar subjecta a condició. Tanmateix, l'acord podrà establir una indemnització superior i com veurem més endavant, la quantia que excedeix la indemnització mínima es podrà sotmetre a algun tipus de condició.

A la mateixa conclusió hem d'arribar pel que fa a les preferències legals. Certament, l'acord signat per uns i per altres haurà de respectar el dret de prioritat de permanència a l'empresa dels representants dels treballadors, art 51.7 ET, un dret que és predicable com veurem més endavant, dels delegats de personal, dels membres del comitè d'empresa, art 68.b ET, delegats sindicals, art 10.3 LLOLS i dels delegats de prevenció dels riscos laborals, art 37.1 LLPRL. Però res impedeix que puga establir noves preferències per a romandre a l'empresa.

En definitiva, l'acord produït durant les negociacions entre l'empresari i els representants dels treballadors estarà limitat per aquestes previsions legals que tenen la naturalesa de dret mínim o imperatiu, segons els casos. Aquestes qüestions formen part d'unes parcel·les indisponibles tant per a l'autonomia individual com per a l'autonomia col·lectiva. Això significa, que en aquests aspectes assenyalats anteriorment, l'única regulació possible realitzada per les parts i recollida en l'acord serà aquella que millora els seus aspectes mínims, amb la qual cosa no serà possible una regulació menys beneficiosa per als treballadors.

⁶²² STSJ, Andalusia, 9 juliol de 2004, AS 2004/1304. STSJ Andalusia, 14 de febrer de 2003, AS 2003/3236

9.1) LA MENCIÓ A LA CAUSA I A LA RELACIÓ D'AQUESTA AMB LES MESURES DE REORGANITZACIÓ EN L'ACORD COL·LECTIU:

9.1.1) EL CONTINGUT CAUSAL DE L'ACORD SEGONS L'ART 51 ET I EL RD 46/1996:

Les extincions col·lectives i la resta de mesures incloses en l'acord sobre la reestructuració empresarial hauran de fonamentar-se necessàriament en alguna de les causes previstes en l'art 51.1 ET. La concurrència o no d'un desequilibri econòmic, tècnic, productiu o d'organització, condicionarà l'acord produït durant les consultes. La idea sembla senzilla, si no concorre una de les causes taxades en l'art 51.1, les parts negociadores no podran acordar la reestructuració empresarial. No és molt probable que els representants dels treballadors accepten aquests acomiadaments, si no tenen la certesa que existeix un problema seriós en relació amb el funcionament de l'empresa que amenaça la seua continuïtat.

En un mateix sentit, no podran acordar aquestes extincions ni la resta de mesures sobre la reorganització empresarial per unes causes diferents a les previstes en l'esmentat article. Aquesta impossibilitat està imposada per la naturalesa jurídica de l'art 51.1 ET i en aquest sentit, cal dir que el número de causes és dret imperatiu. Això implica que les parts no podran reduir-les o ampliar-les, són les que són i per tant l'acord haurà de fonamentar-se exclusivament en una de les causes relacionades amb el funcionament de l'empresa regulades en l'ET i a més, haurà de quedar constància de la causa en l'acord.

Així és, com ja mantenia la doctrina⁶²³ des de feia temps, les parts hauran de concretar la causa en l'acord sobre la reestructuració empresarial i més concretament, el desequilibri específic que afecta l'empresa i que amenaça la seua continuïtat. Però a més, hauran de posar en relació les mesures concretades en l'acord amb la causa al·legada i això perquè el legislador no permet aquestes extincions davant un desequilibri empresarial sense més. L'ET vincula els acomiadaments per causes empresarials, art 51 ET, a una finalitat determinada. Per tant, caldrà raonar que les mesures incloses en l'acord són necessàries en funció del desequilibri empresarial que afecta l'empresa.

Però a més, l'acord produït durant les consultes versarà sobre aquelles qüestions debatudes i negociades per les parts i respecte a aquest aspecte el legislador és clar, l'empresari haurà de facilitar la documentació econòmica necessària o els plans o projectes tècnics que justifiquen la corresponent causa. A partir d'aquesta documentació, els representants dels treballadors hauran de verificar l'existència del

⁶²³ ALBIOL MONTESINOS, I, "Extinción por causas tecnológicas o económicas y fuerza mayor", en D.A, "comentario a las leyes laborales", op.cit, pàg. 299. En aquest treball apuntava, en base a l'art 11 del RD 696/1980, que era necessari que l'acord recollís una referència a les causes. Una interpretació contrària significaria que l'acord entre l'empresari i els representants dels treballadors es podia reconduir per la causa de l'art 49.1 i això no és possible perquè l'art 49.1 fa referència a l'acord d'extinció entre l'empresari i el treballador individualment considerat. En un similar: PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F, "Los pactos de reorganización productiva", en D.A, SALA FRANCO, T, PÉREZ COBOS ORIHUEL, F, GOERLICH PESET, JM, "Manifestaciones de la autonomía colectiva en el ordenamiento español", Madrid, ed. ACARL, 1989, pàg. 180. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, E, "Procedimientos de regulación de empleo", en D.A, "Reforma de la legislación laboral", op.cit, pàg. 396

desequilibri i arribar a la convicció que el conjunt de mesures de reorganització empresarial són necessàries.

L'anàlisi causal durant les consultes, segurament serà una de les primeres qüestions sobre les quals hauran de negociar, perquè si no queda acreditada l'existència d'un problema empresarial greu en relació amb el funcionament de l'empresa, no sembla lògic que les consultes continuïn. Aquests són motius suficients per a estimar que les parts hauran de concreta en l'acord les circumstàncies concretes que afecten l'empresa i que justificaran les extincions i la resta de mesures recollides en l'acord.

Seguint amb la causalitat i les mesures de reorganització, l'hipotètic acord a més de fixar unes mesures concretes en funció d'una causa concreta, podrà preveure l'aplicació d'algunes mesures més, si el problema empresarial no millora en un termini determinat o a l'inrevés. És a dir, que la materialització de determinats acomiadaments o altres mesures dependrà de l'èxit o fracàs d'algunes de les propostes recollides en l'acord col·lectiu i de l'evolució econòmica de l'empresa en un futur immediat. Sembla lògic que en aquests supòsits, les parts mencionen en l'acord les circumstàncies econòmiques o d'altra naturalesa que s'han de donar per materialitzar aquelles mesures ajornades en el temps o en suspens.

Aquesta possibilitat no és tan descabellada per una senzilla raó. Pot ser que la proposta empresarial sobre la reestructuració empresarial siga inicialment molt ambiciosa i reculla un número elevat d'extincions. Però pot ocórrer que durant les negociacions, l'empresari accepti reduir una xifra important d'extincions i inclouïri altres mesures com suspensions, trasllats, o modificacions de les condicions de treball o altres mesures que tracten d'assegurar la viabilitat de l'empresa. Així doncs, l'acceptació de la reducció d'acomiadaments es podria produir a canvi d'acceptar acomiadaments en un futur immediat, si les mesures inicials fracassen. En definitiva, en funció de l'evolució de la causa que va justificar l'acomiadament col·lectiu, les parts poden haver pactat aplicar altres mesures incloses evidentment en l'acord.

O simplement pot passar que durant les negociacions les parts arriben al compromís de planificar les extincions en diferents períodes de temps, de tal forma que si en un futur immediat la situació empresarial millora significativament, gràcies a les mesures adoptades en un primer moment, la resta d'extincions no es produïrien. És a dir, que alguns acomiadaments es materialitzarien o no, en funció de l'evolució de la causa recollida en l'acord i d'allò pactat entre les parts⁶²⁴.

Dit en altres paraules, l'empresari i els representants dels treballadors es marcarien uns objectius mitjançant l'aplicació d'algunes mesures recollides en l'acord, de tal forma que la resta romandrien a l'espera que la situació empresarial millorés o no. Des del meu punt de vista, crec que les parts hauran de fer un referència en l'acord a les circumstàncies econòmiques que en un futur immediat poden justificar l'aplicació de

⁶²⁴ STSJ Andalusia, 20 de setembre de 2003, AS 2003/3376. El Tribunal analitza si la decisió empresarial complia amb els requisits pactats per a poder extingir els contractes de treball. L'acord en qüestió autoritzava extingir deu contractes, sempre que es donen en l'empresa les circumstàncies previstes en el punt 4 de l'acord. Aquests punts eren els següents: que no hagués passat un any des de l'aprovació de l'ERO, que l'empresa hagués adquirit la maquinària fixada en l'acord, que com a màxim extingirà cinc contractes d'unes categories professionals determinades i que preferiblement els acomiadaments afectaran els treballadors que ho sol·licitaren voluntàriament.

les mesures que es troben condicionades o en suspens, principalment per evitar conflictes futurs. A més, haurien de prevenir els possibles llocs de treball que es podrien veure afectats. Allò més raonable seria crear una mena de “comissió de seguiment de l’acord” encarregada de controlar que l’aplicació de les mesures ajornades es produeixen per les circumstàncies exposades en l’acord.

Aquesta mateixa “comissió de seguiment de l’acord” podria gestionar la inclusió dels treballadors acomiadats en una borsa de treball creada a l’efecte, podria controlar que els trasllats, modificacions i noves col·locacions dins de l’empresa es compleixen adequadament i en els terminis fixats, podria analitzar quins cursos formatius cal realitzar i a quins treballadors anirien dirigits. En definitiva, comprovaria que tots els compromisos i condicions fixades en l’acord es compleixen adequadament.

Certament, aquests tipus d’acords poden ser més complexes sobretot si no queden clares les circumstàncies que poden justificar l’aplicació de les mesures que es troben ajornades, ja que la falta de claredat en els termes del pacte pot generar conflictes en el moment que l’empresari tractés d’aplicar-les. Però que aquests acords estiguen rodejats d’una major complexitat, no significa que no es puguin realitzar.

Així és, perquè la possibilitat de negociar aquests acord es troba avalada per l’art 6.b RD 43/1996. Aquest article permet a l’empresari fraccionar els acomiadaments en el temps. Per tant, tampoc veig inconvenient que les parts fraccionen o suspenguin en el temps altres mesures de reorganització. A més, l’acord homologat per l’autoritat laboral només faculta l’empresari a materialitzar un conjunt de mesures recollides en un acord pactat amb els representants dels treballadors. Però això no significa que necessàriament haja d’executar totes les mesures recollides en ell. Aquest té llibertat per a dur-les a terme o no.

9.2) CRITERIS DE SELECCIÓ DELS TREBALLADORS AFECTATS PER L’ACORD DE REGULACIÓ D’OCUPACIÓ:

L’art 6 del RD 43/1996 preveu que la proposta empresarial d’acomiadament col·lectiu recollirà les dades sobre els treballadors i la plantilla en els darrers temps, les categories professionals, els criteris de selecció i el període dins del qual es realitzaran els acomiadaments. Aquestes dades formaran “el projecte d’acomiadament col·lectiu” que haurà de ser debatut amb els representants dels treballadors. De tal forma, que el posterior acord signat per ambdues parts haurà de fer menció a aquelles qüestions.

Tanmateix, en relació amb els treballadors afectats per l’expedient de regulació d’ocupació, ni l’ET ni el RD 43/1996 estableixen un ordre de criteris de selecció ni estableixen cap limitació, amb la qual cosa en principi l’empresari gaudeix de llibertat a l’hora de triar els treballadors afectats. No obstant això, no gaudeix de llibertat absoluta, l’ordenament jurídic imposa dues limitacions: en primer lloc, la seua decisió ha de ser respectuosa amb els valors constitucionals sobretot amb el dret a la igualtat, un dret que impedeix que utilitzem criteris discriminatoris. Per altra part, l’ordenament laboral imposa a l’empresari una segona limitació: la prioritat de permanència dels representants dels treballadors. A més, existeix la possibilitat que la norma convencional reculli algun ordre de prelació.

Així doncs, i pels motius exposats en les línies anteriors, les negociacions amb els representants dels treballadors sobre els possibles treballadors acomiadats serà un dels temes sobre el qual més dificultats podran trobar les parts a l'hora de signar un acord⁶²⁵. Els possibles conflictes entre les parts en aquesta matèria es podran produir pels diferents interessos que defenen. Possiblement, a l'hora de negociar el projecte d'acomiadament col·lectiu, els representants dels treballadors estaran interessats en el fet que l'expedient no afecte aquells col·lectius que tenen majors problemes per a incorporar-se de nou en el mercat de treball. En canvi, l'empresari possiblement utilitzi uns criteris més econòmics a l'hora de triar els treballadors acomiadats.

Però, aquestes no seran les úniques preocupacions que puguen tenir els representants dels treballadors a l'hora d'establir amb l'empresari els criteris de selecció. Aquests hauran de vigilar perquè aquests siguin objectius i hauran d'observar especialment que l'empresari respecte la llibertat sindical i les preferències que estableix l'ordenament jurídic a l'hora de triar els treballadors.

Tenint en compte els inconvenients exposats anteriorment, allò més convenient serà que l'audiència al delegat sindical, art 10 LLOLS, que s'ha de celebrar davant l'adopció de mesures de caràcter col·lectiu, es realitzi una vegada homologat l'acord d'acomiadament per part de l'autoritat laboral. Hem de tenir en compte, que l'acord signat amb els representants legals dels treballadors només inclourà la categoria dels treballadors que es pretén acomiadar, els criteris de selecció i el període dins del qual es realitzaran els acomiadaments. De tal forma, que l'acord no inclourà el llistat definitiu de treballadors afectats. Aquest es realitzarà posteriorment.

Així doncs, per tal que la concreció dels treballadors afectats no la realitzi unilateralment l'empresari i amb l'objectiu de poder realitzar un control posterior en relació amb els criteris de selecció, aquesta concreció hauria de realitzar-se en l'audiència al delegat sindical, el qual podria observar que l'empresari respecta els valors constitucionals i en concret la llibertat sindical. La realització de l'audiència al delegat sindical en aquest moments, ens permet introduir una mena de control sobre la decisió empresarial que ajudaria a millorar la protecció que han de tenir els representants dels treballadors i els afiliats a un sindicat respecte a determinades conductes de l'empresari. Recordem que el Conveni nº 135 de la OIT estableix que els representants dels treballadors hauran de tenir una protecció eficaç contra tot acte que pugui perjudicar-los, incloent l'acomiadament.

Arribat a aquest punt, estem en posició d'afirmar que aquestes són les primeres dificultats que poden trobar en relació amb l'acord produït durant les negociacions i la selecció dels treballadors afectats, però aquestes no seran les úniques dificultats que trobaran. En aquest sentit, la reforma de 1994 va introduir una sèrie de canvis en relació amb l'acord sobre els treballadors afectats per l'acomiadament amb conseqüències importants. Malgrat que aquesta qüestió serà analitzada posteriorment, de moment es pot dir que els canvis introduïts pel RD 43/1996 han estat una font de problemes competencials.

⁶²⁵ SERRANO GARCÍA, JM, "El Plan Social en los despidos colectivos", op.cit, Pàg. 361. A través de l'examen de les actes de les consultes, es pot deduir que aquest és un dels aspectes que més contrarietats pot produir durant les negociacions.

Com anticipava en les línies anteriors, la reforma de 1994 va aportar canvis importants en relació amb la selecció dels treballadors. Efectivament, durant la vigència de l'art 13 del RD 696/1980, el legislador obligava l'empresari a aportar el llistat nominatiu dels treballadors acomiadats. Aquest fet era suficient per justificar la competència de l'ordre contenciós administratiu sobre les reclamacions relacionades amb la inclusió dels treballadors en el llistat. Al·legaven que la revisió d'aquestes qüestions podia suposar un nou examen de les causes de l'expedient.

Tanmateix, amb la reforma de 1994 el legislador només exigeix que l'acord produït durant les negociacions incloga necessàriament els criteris de selecció, el número de treballadors afectats, les seues categories professionals i el període dins del qual es produiran les extincions. Per tant, l'autorització administrativa no sempre procedirà a autoritzar les extincions d'uns treballadors concrets, tot el contrari, quan el llistat no forme part de l'acord, la resolució administrativa només permetrà l'extinció d'una quantia genèrica d'acomiadaments. Per tant, en relació amb aquestes qüestions no sempre seran competents l'ordre contenciós i administratiu.

9.2.1) CRITERIS DE SELECCIÓ: EVOLUCIÓ LEGAL:

Després d'aproximar-nos breument al tema d'anàlisi, cal resumir l'evolució legislativa d'aquest tema. Així doncs, podríem dir que hem passat d'un complex sistema que regulava amb detall aquests criteris, a un sistema caracteritzat per la inexistència de regulació i on té primacia la facultat discrecional de l'empresari.

Així és, durant el franquisme, existia un complex entramat de normes que recollien determinats criteris que havien de ser observats a l'hora de determinar els treballadors afectats per un expedient de regulació d'ocupació⁶²⁶. No anem a fer un anàlisi detallat d'aquestes normes i només direm que aquell sistema de preferències recollit en les diferents normes era completat per la previsió recollida en l'art 13.2 de la Llei de Relacions Laborals de 1976. Segons el seu contingut, tenien prioritat per a romandre a l'empresa davant una reestructuració: els treballadors majors de 40 anys, els de major antiguitat en la mateixa categoria professional, els titulars de família nombrosa, els minusvalids, i els representants sindicals.

En alguns casos, es tractava de protegir a aquells col·lectius que majors dificultats podien tenir per a incorporar-se de nou en el mercat de treball. Durant aquesta regulació, l'elecció de l'empresari era una decisió completament reglamentada, subjecta a un conjunt de regles i amb poc marge de llibertat. En definitiva, aquesta

⁶²⁶ Decret 1384/1966, art 9, 2 de juliol, Decret 1878/1971, art 9.1, de 23 d'abril, sobre preferència de càrrecs electes d'origen sindical. En concret, assenyalaven aquests articles que aquests serien acomiadats dins de la seua especialitat i categoria. A més l'art 1 del Decret 1386/1966 establia la següent prelación: majors de 45 anys, els de major antiguitat, els que tingueren majors càrregues familiars. Decret 2531/1970, 22 agost en relació amb els minusvalids. Decret 1293/1970 de 23 abril, en relació amb els treballadors majors de 45 anys, Llei 25/1971, 19 de juliol, sobre la família nombrosa i Decret 3240/1971, 23 desembre. Aquestes previsions van ser recollides posteriorment en El Decret 3090/1972, art 15 que establia que en cada categoria s'havia de procedir segons l'ordre d'antiguitat, sense perjudici d'allò establert en les normes sobre famílies nombroses i altres grups protegits. Per la seua part, el Decret 2484/1974, 20 juliol, va modificar l'anterior i aclaria l'ordre de prioritat. Aquesta norma deia: "dins de cada categoria professional i suposada l'existència de lloc o llocs propis d'aquesta" i al respecte establia la següent jerarquia: càrrecs de caràcter sindical, minusvalids, titulars de família nombrosa, treballadors majors de 40 anys i en darrer lloc, els de major antiguitat en l'empresa. No obstant això, existia la possibilitat que l'autoritat laboral no respectés aquell ordre.

regulació contribuïa a la rigidesa que caracteritzava el règim jurídic dels acomiadaments per causes empresarials d'aquella època. Tanmateix, amb l'aprovació de l'ET de 1980 i la seua norma de desenvolupament 696/1980, es passa a un nou sistema caracteritzat per la falta de regulació en la matèria i en el qual es recollia només de forma explícita la prioritat de permanència dels representants dels treballadors.

Certament, com ha destacat la doctrina⁶²⁷, la nova regulació estatutària va guardar silenci respecte a aquell complex sistema de prelación de criteris en la selecció dels treballadors afectats per una reestructuració parcial de l'empresa. En qualsevol cas, malgrat l'existència d'algunes resolucions judicials que refrenaven la vigència d'aquell sistema⁶²⁸, prompte va adquirir major importància la tesis contrària que entenia que aquell sistema de prelación ja no estava en vigència i per tant, l'empresari gaudia de llibertat a l'hora de designar els treballadors. Les seues facultats només quedaven limitades pel principi de prioritat de permanència dels representants dels treballadors i per altres prelacions que poden ser pactades a través del conveni col·lectiu. Certament, no cabia altra interpretació perquè la disposició final tercera en els seus apartats 14, i 11 derogaren expressament bona part d'aquelles normes.

Així doncs, la conseqüència està més o menys clara, a diferència d'allò que passava amb la legislació anterior, amb l'actual regulació ha augmentat el poder de direcció i organització de l'empresari sobretot a l'hora de dur endavant aquestes mesures sobre el funcionament de l'empresa. Amb aquests canvis, l'elecció empresarial ja no està subjecta a aquests criteris, ara només exigim objectivitat i conformitat amb els valors constitucionals.

9.2.2) ELS POSSIBLES CRITERIS QUE ES PODEN TENIR EN COMPTE A L'HORA DE SELECCIONAR ELS TREBALLADORS:

A diferència d'allò previst en la Recomanació n°166 de l'OIT, art 23, que aconsella que els criteris de selecció dels treballadors afectats per una reestructuració empresarial estiguen fixats anticipadament⁶²⁹, en l'actual regulació dels acomiadaments

⁶²⁷ RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M, "La selección de los trabajadores afectados por un expediente de regulación de empleo y su control, (I), RL, 1989-I, VALDÉS DAL-RE, F, "La designación de los trabajadores afectados por despidos económicos: el laberinto de la desregularización", op.cit, pàg. 85. pàg. 28. NAVARRO NIETO, F, "Los despidos colectivos", op.cit, pàg. 232.

⁶²⁸ STS, 26 de desembre de 1988, Ar 10314. Malgrat que aquesta resolució aborda un tema de competències entre els diferents ordres jurisdiccionals, en relació amb els treballadors afectats per un expedient de regulació d'ocupació, també fa una menció a la prelación en la selecció dels treballadors afectats i al respecte menciona que la pretensió que ha desencadenat el conflicte s'assenta en l'aplicació d'una norma jurídica d'innegable índole social i laboral: la Llei 25/1971, vigent en virtut d'allò establert en la disposició final tercera de l'ET. Norma que atorgava a determinats treballadors preferència per a romandre a l'empresa.

⁶²⁹ GARCÍA COLLEJA, E, "Análisis comparativo: Expedientes de regulación de empleo", ed. Dirección y Progreso, 2002, n°181, pàg. 73 i següents. Alguns països també regulen criteris destinats a seleccionar els treballadors afectats per la reestructuració: *França*: Aquest país estableix un llistat obert de criteris que poden ser utilitzats: major o menor dificultat per a trobar un nou treball a causa de l'edat, qualificació professional, antiguitat ... L'empresari donarà una rellevància diferent als criteris anteriors o n'afegirà d'altres. *Alemanya*: la Llei alemanya recull una sèrie de categories professionals que gaudeixen d'un règim de protecció total enfront de l'extinció del contracte. També n'hi ha d'altres que gaudeixen d'una protecció més limitada. A més, l'empresari haurà d'acomiar als treballadors que menys perjudicis els puga ocasionar la pèrdua del lloc de treball. Els criteris més comuns són: edat, antiguitat, carregues familiars dels treballadors. Als *Països Baixos*, l'empresari haurà d'utilitzar la màxima "l'últim és el primer en eixir-ne".

col·lectius, el legislador només reconeix només la prioritat de permanència a l'empresa dels representants dels treballadors. Així doncs, l'art 51 ET i la seua norma de desenvolupament, reconeix la llibertat de l'empresari en aquest terreny, amb les limitacions assenyalades anteriorment.

En aquest sentit, la falta de previsió sobre aquest terreny s'ajusta als nou aires que recorren el Dret de Treball. Aquell exhaustiu ordre de criteris a l'hora d'acomiadar tractava de protegir a aquells col·lectius que podien tenir majors problemes per a incorporar-se de nou al mercat de treball. Però des del punt de vista empresarial, aquest sistema podia no ser vist amb bons ulls, perquè limitava els poders de direcció i organització de l'empresari. Alhora, aquell sistema dificultava els canvis a l'empresa, perquè aquest estava obligat a mantenir alguns treballadors que podien no adaptar-se als problemes que començaven a sorgir o li obligava a mantenir uns treballadors que comportaven majors carregues econòmiques.

Tanmateix, en l'actualitat existeix un buit normatiu en aquesta matèria. Com raona alguna resolució judicial⁶³⁰: cap precepte imposa amb caràcter necessari els criteris que han de ser utilitzats per seleccionar els treballadors acomiadats. No obstant això, els acomiadaments hauran de ser raonables i no discriminatoris, ni abusius, per obvia aplicació dels de principis de significació jurídica general.

Certament, la selecció dels treballadors és una facultat atribuïda a l'empresari⁶³¹. En principi, serà ell qui propose quins treballadors es beneficien de les mesures incloses en el pla social i propose conforme als criteris triats per ell, els treballadors que seran acomiadats. Tanmateix, aquesta facultat no és exclusiva seua, perquè el projecte d'acomiadament, incloent aquestes qüestions, ha de ser negociat amb els representants dels treballadors. En aquest sentit, l'art 6.1.b RD 43/1996 imposa a l'empresari l'obligació d'informar als representants dels treballadors, però també a l'autoritat laboral sobre els criteris utilitzats per seleccionar els treballadors afectats, ja que la documentació prevista en l'art 6 RD 43/1996 ha de ser enviada tant als representant dels treballadors com a l'autoritat laboral.

No obstant això, malgrat la llibertat de l'empresari a l'hora de triar els treballadors afectats per l'acomiadament, tenint en compte el funcionament de les negociacions, res impediria que els criteris siguen pactats amb els representants dels treballadors. En aquest sentit, es podria pactar que a l'hora de seleccionar-los es tingues en compte l'edat, la situació social i laboral i familiar dels treballadors afectats o les parts podrien tenir present les possibilitats que tenen els diferents col·lectius que formen

⁶³⁰ STSJ Cantàbria, 16 de març de 1992, Ar 1320.

⁶³¹ STS, 19 de gener, Ar 287. STSJ, Catalunya, 7 de febrer de 1996, 409. STSJ Catalunya, 19 de setembre de 1994. (RJ 1994, 3494). STSJ de Catalunya, 13 de setembre de 1994. Ar 3494. STSJ Catalunya, 10 octubre de 1995, Ar 3982. La facultat per a triar els treballadors forma part de les facultats d'organització i direcció de l'activitat empresarial. Només quan siga contrària a un dret fonamental o siga discriminatoria, aquella decisió pot ser nul·la. Per tant, quan l'acomiadament afecta diversos treballadors i no existeix preferència en la norma convencional, ha de ser respectada la decisió de l'empresari com una manifestació del poder de direcció i organització d'aquell. Sempre que la decisió no siga incorrecta o fraudulenta. STSJ, de la Comunitat Valenciana, de 24 de març de 2004, AS 2004/3117, estima que la inexistència de criteris de selecció pot provocar que els treballadors que extingeixen els seus contractes de treball, es pregunten la raó que va motivar la seua elecció i perquè no triaren altres si existeixen raons des del punt de vista de l'eficiència professional. No obstant això, si no hi ha impugnació ni de l'acord ni de l'autorització, sembla que qualsevol subjecte acomiadat compleix amb la finalitat de l'expedient. A més l'empresari té llibertat d'elecció.

l'empresa a efectes de reincorporar-se de nou al mercat de treball. En un mateix sentit, durant les consultes podran pactar limitacions a la llibertat de l'empresari a l'hora de triar als treballadors afectats. Per tant, res impediria que els acomiadaments programats no pogueren afectar dos membre de la mateixa parella, si així l'han pactat les parts.

La negociació d'aquestes qüestions, tindria com a objectiu sotmetre a algun tipus de control la decisió empresarial en relació amb la selecció dels treballadors afectats per l'expedient. A més, cal recordar que l'empresari no té llibertat absoluta per a triar-los, la decisió pot ser sotmesa a una verificació jurisdiccional per a determinar les pautes seguides en la selecció i determinar si els criteris seguits són raonables i objectius. Així és, perquè el nostre ordenament jurídic considera que l'elecció serà nul·la si està guiada per un mòbil discriminatori o si ha lesionat un dret fonamental o les llibertats públiques. Però a més, la designació no pot ser capritxosa o arbitrària ha de ser coherent i allò ideal és acudir a uns criteris que causen els menors danys laborals⁶³². En concret, el TS considera que la selecció dels treballadors afectats correspon en principi a l'empresari i la seua decisió només podrà ser revisada quan, apreciem frau de llei, abús de dret o quan la selecció es fonamenta en motius discriminatoris.

Com he comentat anteriorment, els criteris han de ser objectius i coherents, és més, els acomiadaments han de guardar relació amb els desequilibris que integren la causa al·legada. Tanmateix, no sempre resulta fàcil aquesta tipus d'anàlisi. En qualsevol cas, la coherència dels criteris triats en relació amb les finalitats buscades i la causa al·legada serà més fàcil d'analitzar quan l'expedient es fonamenta en causes tècniques, d'organització o productives. En canvi, és un poc més difícil d'analitzar quan la causa al·legada és econòmica.

Així i tot, i malgrat els problemes analitzats fins aleshores, podem dir que en general l'anàlisi dels criteris utilitzats ens podrà ajudar a l'hora de valorar la proporcionalitat del projecte d'acomiadament. En aquest sentit, tal vegada l'empresari hauria de raonar en el projecte la relació existent entre la causa al·legada i la finalitat perseguida i raonar a més, de quina forma els acomiadaments proposats en base a aquells criteris, podran contribuir a aconseguir la finalitat buscada. Per això considere que els criteris de selecció hauran de ser coherents amb el projecte d'acomiadament presentat per l'empresari i tal vegada haurien de guardar alguna relació amb la resta de mesures que poden haver pactat els representants dels treballadors i l'empresari.

Tractaré d'explicar millor allò dit en les línies anteriors. Com sabem, el pla d'acompanyament social pot incloure trasllats, desplaçaments o altre tipus de mesures amb l'objectiu de reduir alguns acomiadaments. Doncs bé, a l'hora de seleccionar els treballadors que poden ser acomiadats o aquells que poden mantenir el seu vincle amb l'empresa, l'empresari i els representants dels treballadors, tal vegada han de valorar la polivalència dels treballadors o les possibilitats d'aquests d'adaptar-se als canvis. La raó

⁶³² STSJ Balears, 11 de maig de 1995, Ar 1783. Una sentència curiosa pel tema plantejat: discriminació lingüística, la treballadora al·lega que la decisió empresarial està fonamentada en un mòbil discriminatori en perjudici seu per causa de la llengua utilitzada en el treball. Aquest motiu no va ser acceptat pel Tribunal que entén que els criteris de selecció no han estat discriminatoris, conseqüentment l'acomiadament no és nul, però és declarat improcedent perquè considera que havien d'haver utilitzat altres criteris de selecció. En concret, estima el Tribunal que si l'elecció es planteja entre un contracte indefinit i altre temporal, està clar que l'elecció més adequada, equitativa i racional consisteix a sacrificar el contracte temporal i no l'indefinit. És a dir, per no renovar-lo, perquè aquesta decisió és la que menor lesió de drets laborals ocasiona.

és senzilla, els treballadors que reunesquen aquells requisits gaudeixen de més possibilitats per beneficiar-se del pla social. En un mateix sentit, podran tenir en compte l'edat dels treballadors a l'hora de realitzar la selecció, un criteri que seria coherent amb el pla social, ja que aquest pot haver inclòs prejubilacions amb la finalitat de reduir les conseqüències negatives de la reestructuració.

Seguint amb aquestes idees, és freqüent que a l'hora de realitzar la selecció dels possibles treballadors afectats per un expedient i tractar que la decisió siga objectiva i no capritxosa, les parts tinguen present durant les negociacions criteris com l'edat, la major productivitat o la polivalència del treballador⁶³³. A més, recordem que en els acomiadaments col·lectius el criteri de l'edat és molt utilitzat sobretot, quan els acomiadaments es canalitzen a través de les prejubilacions.

Dins d'aquest context, no és estrany trobar pactes de reorganització empresarial que inclouen clàusules on preveuen que les extincions afectaran els treballadors nascuts en determinada data. En relació amb aquest criteri de selecció: l'edat, s'ha comentat que aquest serà el criteri més adequat perquè és el que causarà *el menor dany laboral*⁶³⁴. Al capdavant, és precisament això, causar el menor dany, allò que es busca a través dels plans de prejubilació, perquè les extincions afectaran un grup de treballadors que perdran evidentment el seu lloc de treball, però això no implicarà una eliminació dels seus ingressos. Aquests mitjançant aquests programes, obtindran uns ingressos fins que passen a la condició de pensionistes.

Així doncs, a l'hora de seleccionar els treballadors afectats per la reestructuració no hauríem de considerar l'edat com un criteri discriminatori i contrari a allò dit en l'art 17 ET. No ho hauríem de fer, perquè la discriminació implica un tractament diferent respecte a dos subjectes iguals sense causa justificada, un tractament que evidentment causa un perjudici. En canvi, quan utilitzem l'edat com a criteri de selecció i acomiadem els treballadors de major edat mitjançant les prejubilacions, permetem que l'empresa faça front al desequilibri empresarial i alhora reduïm els danys laborals que poden produir aquests acomiadaments. I això perquè les extincions poden causar més danys quan afecten altres col·lectius que no poden gaudir de la protecció i de les mesures incloses en aquest tipus de programes⁶³⁵.

Tornant de nou sobre el criteri "del menor dany laboral" algun tribunal⁶³⁶ ha qüestionat els criteris utilitzats per l'empresari a l'hora de seleccionar els treballadors afectats per la reestructuració i ha defès que a l'hora de seleccionar-los haguera estat més adequat el criteri de la menor antiguitat en comptes del de la major antiguitat. A més, considera que tampoc és massa adequat el manifest propòsit d'integrar la plantilla només amb treballadors temporals i excloure els treballadors amb contractes indefinits.

⁶³³ STSJ Catalunya, 7 de febrer de 1996, Ar 409. El Tribunal considera provat que l'empresa a l'hora de seleccionar els treballadors ha valorat el rendiment dels treballadors del centre de treball.

⁶³⁴ STSJ, de Cantàbria, 16 de març de 1992, Ar 1320.

⁶³⁵ STSJ Andalusia, 14 febrer de 2003. AS 2003/3233.

⁶³⁶ STSJ Cantàbria, 16 de març de 1992, Ar 1320. Qüestiona el Tribunal els criteris utilitzats en la selecció i a més considera que tampoc és raonable una reducció i transformació de la plantilla, quan de forma simultània es prorroguen contractes temporals de treballadors de la mateixa categoria, i a més es torna a contractar un dels treballadors cessats a través de l'acord impugnat. En canvi, la STSJ de Castella i Lleó, 11 de juliol de 1995, Ar 2955, considera que l'antiguitat en l'empresa no és un criteri que hem de tenir en compte quan l'empresa ha d'acudir a un acomiadament col·lectiu, aquesta ha de tenir en compte motius d'oportunitat o raons d'índole productiva o d'organització.

Però a més d'aquests criteris, a l'hora de seleccionar els treballadors possiblement afectats per l'expedient, es podrà tenir en compte la naturalesa de la relació laboral. En aquest darrer cas, és diu que es preferible conservar un contracte indefinit sobre un temporal, ja que aquesta elecció serà la que menys danys laborals ocasioni sobretot, si tenim en compte els nivells de precarietat laboral⁶³⁷. A més, la no renovació dels contractes de temporals, pot ser una mesura adequada quan l'expedient es fonamenta en causes econòmiques.

En relació amb aquesta darrera possibilitat, sembla que no és massa lògic que una empresa en crisi que desitja reduir la plantilla a través de l'expedient negociat amb els representants dels treballadors, duga endavant una política de renovar contractes. Sembla més raonable que els acomiadaments previstos en el projecte d'acomiadament afecten aquells que mantenen amb l'empresa una relació temporal. A més, aquesta opció evidenciaria certa coherència amb el pla d'acompanyament social, ja que en ell les parts negociadores poden haver arribat al compromís de no realitzar noves contractacions en un període determinat de temps i no renovar contractes temporals, unes mesures que amb els acomiadaments ajudarien a garantir la continuïtat de l'empresa.

En tot cas, qualsevol que siga el criteri utilitzat i pactat, des del moment que aquest s'inclou en l'acord, aquest vincula l'empresari a l'hora de triar els treballadors afectats per l'expedient. Precisament, la nova regulació es diferencia de la regulació recollida en l'ET de 1980, perquè l'acord en el període de consultes no ha d'incloure necessàriament la llista definitiva d'afectats, només els criteris utilitzats per seleccionar-los. La concreció individual dels treballadors acomiadats es produeix en un moment posterior, una vegada homologat l'acord per l'autoritat laboral. En tot cas, malgrat que l'autorització és directament executiva, cal determinar els treballadors conforme amb els paràmetres fixats en l'expedient de regulació d'ocupació i cal a més, al·legar la causa objectiva que justifica l'amortització d'uns concrets llocs de treball.

Això significa doncs, que cal comunicar per escrit al treballador aquella decisió i els motius que la justifiquen i els criteris utilitzats a efectes que aquest pugui conèixer la causa de la seua inclusió en l'expedient i pugui articular correctament la seua defensa⁶³⁸. En aquest sentit, els tribunals admeten que cal un mínim d'exigència en el contingut de la comunicació, ja que si no fos així, quedaria buit de contingut el control judicial de la decisió individualitzada empresarial.

⁶³⁷ STS, 19 de gener de 1998, Ar 996.

⁶³⁸ STSJ Madrid, 16 de gener 2001, Ar 544. En aquesta sentència, l'òrgan judicial considera que la comunicació escrita als treballadors ha causat indefensió perquè no concreta els criteris que han provocat els seus acomiadaments. En aquest sentit, l'ERO va autoritzar l'empresa per extingir 400 contractes de treball en els termes de l'acord. Un acord on es recollien alguns criteris de selecció i la següent clàusula genèrica: "podran utilitzar qualsevol altre criteri que la comissió de seguiment acorde com a necessari". De tal forma, que cap dels treballadors afectats per aquella clàusula pot conèixer els motius i els criteris que han determinat la seua extinció, de tal forma que si no ho sap no pot qüestionar la legitimitat d'aquella decisió. En un sentit similar: STSJ Catalunya, 15 març de 2005, Ar 1254: Com la resolució no recull el llistat dels treballadors afectats, cal comunicar per escrit als treballadors els criteris pels quals ha estat triat d'entre els 1600 treballadors de l'empresa. A més, com es tracta de causes econòmiques i productives, han d'existir alguns criteris d'aquella naturalesa sobre els quals es base l'elecció de les persones.

Tanmateix, La llei no concreta aquell mínim. De tal forma, que en principi només exigeixen que la comunicació escrita s'ajuste als criteris fixats. En relació amb aquestes idees, algunes resolucions judicials⁶³⁹ mantenen que en els acomiadaments col·lectius oberts, haurem d'aplicar allò establert als art 53.4 ET i cal per tant, concretar la causa escrita concreta de l'extinció acordada, ja que la concreció és part integrant del procés d'individualització. Així i tot, aquella exigència no pot estendre's a la resta de requisits formals de l'extinció per causes objectives, ja que aquesta és una figura diferent de l'acomiadament col·lectiu obert.

Així doncs, podem concloure dient que malgrat que en aquells supòsits on la resolució no recull un llistat nominal d'afectats i aquest es realitza en un moment posterior, això no significa que l'empresari pugui triar lliurement els treballadors que definitivament seran acomiadats. Les extincions estaran condicionades pels criteris acordats i per les previsions recollides en l'art 14 CE.

Els nostres tribunals⁶⁴⁰ han estimat que el contingut de l'acord entre l'empresa i els representants dels treballadors, així com els condicionaments i requisits acordats per realitzar les extincions, una vegada homologat l'acord, passen a formar part de la resolució administrativa que autoritza l'expedient de regulació. De tal forma, que l'acord té naturalesa vinculant de caràcter normatiu i alhora és obligatori. Per tant, l'omissió dels requisits acordats per extingir determinats contractes donarà lloc a la declaració d'improcedència de l'acomiadament, quan es tracte d'incompliments de les condicions de caràcter substantiu, rellevants i transcendents que condicionen les extincions.

9.3) LA PRIORITAT DE PERMANÈNCIA A L'EMPRESA DELS REPRESENTANTS DELS TREBALLADORS:

Segurament l'origen d'aquesta garantia la podem trobar en diferents normes internacionals. Concretament, la Recomanació n°143 de l'OIT reconeix expressament la prioritat de permanència dels representants dels treballadors davant una reducció de personal, art 6.2.f. Per la seua part, el Conveni n°135⁶⁴¹ tracta de protegir el representant dels treballadors d'aquelles actuacions empresarials que el poden perjudicar i considera que aquests hauran de gaudir d'una protecció eficaç a l'empresa contra tot acte que els pugui perjudicar, incloent l'acomiadament per raó de la seua condició, de les seues activitats, per la seua afiliació a un sindicat o per la seua activitat sindical. En darrer lloc, podríem mencionar el Conveni n°98 que fa referència a la protecció que han de

⁶³⁹ STSJ de Madrid, 13 de juliol del 2004, Ar 2867.

⁶⁴⁰ STSJ de Catalunya, 1 de desembre de 1996. AS 2000/396. Declara improcedent l'acomiadament de la treballadora perquè l'empresa no va complir amb els criteris fixats en l'acord. En concret, en l'acord les parts fixaren que l'ERO no podia afectar dos membres de la mateixa parella. L'expedient havia d'afectar com a màxim 110 treballadors majors de 65 anys, i a més era necessari valorar individualment les circumstàncies laborals dels treballadors i les seues possibilitats de reincorporar-se de nou. És a dir, l'acord condicionava l'extinció a una valoració prèvia sobre la situació social i laboral de cada treballador. Una doctrina reiterada en les següents sentències: STSJ de Catalunya, 1 desembre de 1999, Ar 396, STSJ de Catalunya, 13 de juny de 2000, Ar 3599, i STSJ Catalunya de 5 abril de 2000, Ar 2270.

⁶⁴¹ Conveni n°135 relatiu a la protecció i a les facilitats que han d'atorgar-se als representants dels treballadors, 1971. Conveni ratificat per Espanya 8 novembre de 1982. I el Conveni n°98 relatiu a l'aplicació dels principis del dret de sindicat i de la negociació col·lectiva va ser ratificat 13 d'abril de 1977

tenir enfront a les sancions, acomiadaments o discriminació per raó de la seua afiliació o activitat sindical.

A nivell intern, el nostre legislador també ha recollit un conjunt de garanties que tracten de protegir l'activitat desenvolupada a l'empresa pels representants dels treballadors enfront d'aquelles ingerències empresarial que els poden perjudicar, art 68 ET. Entre aquestes garanties i seguint les pautes recollides en aquelles normes, el nostre legislador reconeix la prioritat de permanència a l'empresa dels representants dels treballadors, art 68.b ET. Així doncs, l'única prioritat de permanència que reconeix expressament l'ET és la dels representants dels treballadors, art 51. 7 ET, un precepte que podem considerar com a dret necessari mínim, per tant ni l'autonomia col·lectiva ni la individual podran negar aquest dret, però podran millorar la seua regulació.

Avançant un poc més sobre aquestes qüestions, cal dir que la prioritat de permanència dels representants dels treballadors és un dret reconegut pel legislador en diferents preceptes que regulen diferents incidències relacionades amb el funcionament de l'empresa i que poden afectar els contractes de treball. En aquest sentit, l'art 40.5 de l'ET, en relació amb la mobilitat geogràfica, estableix aquesta prioritat i el mateix ocorre amb els acomiadaments col·lectius, art 51.7 ET, amb els acomiadaments objectius per causes empresarials, art 52.c ET i amb les suspensions per causes empresarials art 68.b ET.

A través d'aquesta garantia que reconeix l'ordenament jurídic laboral, no es tracta de protegir en concret al representant dels treballadors, al menys no és aquest l'objectiu directe que busca l'art 68.b ET. Allò que es tracta de protegir és la llavor representativa desenvolupada per aquests, així com l'activitat que exerceixen dins de l'empresa enfront de les possibles represàlies de l'empresari. "L'objectiu d'aquesta garantia és protegir els representants enfront d'aquelles eleccions empresarials que el poden perjudica. Es tracta d'evitar que la seua llavor representativa no es trobe afectada per restriccions que poden resultar evitables en la seua aplicació inicial i concreta al titular de la representació"⁶⁴².

En aquest sentit, " la Llei no concedeix un privilegi. Amb aquella garantia està tutelant la representació dels treballadors. En definitiva el comitè d'empresa actua com a titular d'un patrimoni jurídic. És a dir, com a destinatari d'un conjunt "d'utilitats" aptes per a satisfer els seus interessos"⁶⁴³. En definitiva, com ha assenyalat algun autor⁶⁴⁴, a través d'aquesta garantia es pretén tutelar l'interès col·lectiu o sindical. Allò que es busca és que la institució representativa no es trobe perjudicada per determinats actes de l'empresari o que la seua llavor siga inoperant. Aquesta garantia es configura com una limitació al poder de l'empresari a l'hora d'acomiar, de traslladar o de suspendre el contracte de treball per causes empresarials.

⁶⁴² STS, 9 octubre de 1989, Ar 7138.

⁶⁴³ STC, 191/1996, 26 de novembre de 1996.

⁶⁴⁴ SORIANO CORTÉS, D, "Derecho de libertad sindical y prioridad de permanencia de los representantes de los trabajadores en los supuestos de despido colectivo: Comentarios a la STC 191/1996, de 26 de noviembre", en D.A, "Presente y futuro de la regulación del despido", op.cit, pàg. 331. Considera que els representants dels treballadors són "treballadors més vulnerables" enfront dels treballadors ordinaris. Aquests es troben en una posició difícil enfront de l'empresari per la llavor que desenvolupen. Per tant, mereixen mesures protectores perquè cal protegir l'interès col·lectiu.

No obstant això, la prioritat de permanència no és un dret absolut. Aquesta garantia significa simplement, que en cas d'acomiadament o suspensió per causes empresarials i quan la mesura afecte diversos treballadors, aquest gaudirà d'un dret preferent per a romandre a l'empresa⁶⁴⁵. En concret, seran els últims, dins de la seua categoria i centre de treball, que seran afectats per un trasllat, una suspensió o un acomiadament⁶⁴⁶.

A més, aquesta garantia l'hem d'aplicar als representants dels treballadors en termes generals. Per tant, davant una possible reestructuració de l'empresa, gaudirien de prioritat de permanència en aquesta: els representants unitaris, art 68.b ET, els representants sindicals, art 10.3 LLOLS, i els delegats de riscos laborals en la mesura que l'art 37.1 LLPRL estén les garanties recollides en l'art 68 ET a aquells representants.

L'objectiu perseguit a través d'aquesta garantia delimita el seua abast temporal. És a dir, la finalitat perseguida per la prioritat de permanència és: protegir l'activitat representativa dels representants dels treballadors i protegir-los d'aquelles represàlies que pot tenir l'empresari contra ells per desenvolupar aquestes funcions. Per tant, els representants dels treballadors gaudiran d'aquesta garantia mentre desenvolupen aquest mandat i durant l'any següent a la seua expiració⁶⁴⁷ enfront d'una suspensió o acomiadament per causes empresarials. Això significa evidentment, que per tal de respectar aquesta garantia i poder exigir el seu compliment, el treballador haurà d'ostentar la condició de representant dels treballadors en el moment en què l'empresari exerceix alguna d'aquestes mesures, encara que algunes resolucions judicials han matisat aquesta afirmació.

Dit açò, en el cas dels acomiadaments col·lectius, aquest plantejament mereix algun aclariment més. Els nostres Tribunals mantenen que "la prioritat de permanència a l'empresa només pot actuar respecte qui ostenta la qualitat representativa o sindical en el moment d'acordar-se la mesura d'extinció, que no és el moment en què es dicta la resolució administrativa de l'autorització, malgrat que aquesta gaudeix d'efectivitat immediata, sinó que l'ha d'ostentar quan es produeix la decisió de l'empresari emparada en aquella resolució"⁶⁴⁸.

⁶⁴⁵ STS, 11 de novembre de 1987, Ar 7850. STS, 27 de juliol de 1989, Ar 5926, STC 191/1996, 26 de novembre. Sentències comentades en: ALBIOL MONTESINOS, I, "Los representantes de los trabajadores en la jurisprudencia laboral", València, Tirant lo Blanch, 2 ed. 1998, pàg. 89. Aquestes resolucions ens indiquen que si l'extinció afectés diversos treballadors, els representants sindicals tindrien preferència per a continuar a l'empresa, però no quan l'extinció afecta un lloc de treball. Així que si en aquest cas l'extinció afecta els representants, el privilegi a més d'atemptar contra el correcte funcionament de l'empresa, suposaria una vulneració de l'art 14 CE. A més, no podran renunciar a la garantia en benefici d'altres treballadors.

⁶⁴⁶ STSJ Galícia, 13 de juny de 1997, AS 1997/2031.

⁶⁴⁷ STSJ Andalusia, 30 de març de 2001. AS 2001/973. El Tribunal considera que el treballador gaudeix de la prioritat de permanència a l'empresa no perquè aquest es trobe realitzant les seues funcions, sinó per trobar-se dins del termini de l'any següent a l'expiració del seu mandat.

⁶⁴⁸ STS, 30 octubre de 1989, RJ 1989/7465, 9 d'octubre de 1989, RJ 1989/7138, 13 de setembre de 1990, RJ 1990/7004. Una exigència inexcusable perquè aquella prioritat de permanència puga actuar consisteix en el fet que la condició de representant dels treballadors concorrega en aquells que la invoquen o pretenen acollir-se a ella, perquè la preferència només opera respecte d'aquells que estan en la situació garantida en el moment d'acordar-se la mesura.

Aquest plantejament sembla lògic, si tenim en compte que la resolució administrativa en general, només autoritza l'acomiadament genèric d'un número de treballadors i l'acord en qüestió només recollirà els criteris que l'empresari haurà de seguir a l'hora de concretar els treballadors afectats per l'expedient. De tal forma, que el llistat nominatiu es realitzarà en un moment posterior. Concretament quan l'autoritat laboral homologue l'acord. És a dir, que cal diferenciar dos moments i dos actes: el moment en què es dicta la resolució que autoritza l'acomiadament d'un número genèric de contractes i el moment en què l'empresari concreta els treballadors que seran acomiadats en els termes de l'acord homologat per l'Administració.

Conforme a aquesta interpretació i per les mateixes raons, aquells treballadors triats com a representants dels treballadors durant unes eleccions iniciades abans de l'expedient o durant la seua negociació, també gaudiran de la garantia recollida en l'art 68.b ET⁶⁴⁹, sense que aquesta circumstància atorgue una naturalesa fraudulenta a les eleccions. Per altra part, determinades normes internacionals ratificades per Espanya: Recomanació n°143, Convenis OIT n°87 i 135, recomanen que apliquem la protecció recollida en aquelles normes als representants dels treballadors, als treballadors que han estat candidats i als que han estat presentats com a candidats. D'acord amb aquestes previsions i tenint present que els Convenis de la OIT ratificats per Espanya, són textos invocables respecte als drets reconeguts en l'art 14 i 28.1 CE en virtut de l'art 10.2 CE, el TC⁶⁵⁰ va reconèixer aquesta garantia als candidats d'unes eleccions sindicals i va declarar nuls els acomiadaments.

9.3.1) LÍMITS A L'EXERCICI DE LA PRIORITAT DE PERMANÈNCIA:

Com comentava al començament, aquesta garantia significa únicament que els representants dels treballadors gaudiran d'un dret preferent per a romandre a l'empresa. Però aquest dret no és absolut, més aviat té una naturalesa relativa, dependrà bàsicament de la relació de la causa al·legada i de la connexió entre ella i els llocs de treball que quedaran afectats per l'expedient. De tal forma, que davant un projecte d'acomiadament, els representants dels treballadors seran els últims en ser acomiadats dins de la seua categoria de treball i del seu centre de treball⁶⁵¹. Aquesta limitació, implica que si el projecte se centra en un grup professional, aquest no podrà al·legar la seua prioritat enfront de la resta de treballadors no afectats per l'expedient per pertànyer

⁶⁴⁹ STS de Galícia, 13 de juliol de 1997, AS 1997/2030. Tenint en compte com s'han desenvolupat els esdeveniments, el fet que l'expedient ja estigués iniciat i encara que tingueren ja un acord per a extingir els contractes, aquestes no són circumstàncies que atribueixen qualitat fraudulenta a la celebració d'eleccions sindicals convocades amb anterioritat a l'adopció de l'acord, ni la presentació de l'actor com a candidat és una conducta presumiblement fraudulenta. A més, l'expedient en marxa no pot detenir un dret fonamental que correspon a cada treballador en particular i a un col·lectiu d'ells, el de la llibertat sindical.

⁶⁵⁰ STC 38/1981, 23 de novembre de 1981. Fonament jurídic 4. En un mateix sentit. STS, 19 de juny del 1989, Ar 4810, i STSJ Galícia 21 de juliol de 1995, que declara nul l'acomiadament per causes econòmiques d'un treballador que figurava com a candidat d'un procés electoral.

⁶⁵¹ STS, 6 de maig de 2003, Ar 3744, i STSJ de Galícia, 13 de juny de 1997, AS 1997/2031. VALDÉS DAL-RÉ, "La designación de los trabajadores afectados por un despido económico: El laberinto de la desregularización", op.cit, pàg. 92. D'acord amb aquesta idea, els representants no podran fer valer la seua garantia enfront de qualsevol treballador, però sí respecte d'aquells que desenvolupen funcions de categories professionals equivalents o d'un mateix grup professional. En un mateix sentit, APARICIÓN TOVAR, J, "El despido de los representantes de los trabajadores y el afiliado al sindicato" en D.A, "El régimen del despido tras la reforma laboral", op.cit, pàg. 194.

a altres grups professionals. I en un mateix sentit, si l'expedient afecta tot un centre de treball, el representant dels treballadors no podrà al·legar la prioritat de permanència.

Seguint amb aquesta idea, els Tribunals⁶⁵² entenen que la garantia prevista en l'art 68.b ET implica conceptualment la concurrència possible de dos o més treballadors per a un mateix lloc de treball que subsisteix, amb la qual cosa ha de ser inherent a ell que el representant dels treballadors siga idoni professionalment per a desenvolupar aquest treball. En aquests supòsits, s'imposa la permanència i la preferència del representants per poder facilitar la seua llavor representativa. És a dir, que en el cas que no tinga la qualificació professional necessària per a poder desenvolupar els llocs de treball vacants, no entrarà en joc la prioritat de permanència dels representants dels treballadors.

Així doncs, davant un expedient de regulació d'ocupació serà necessari analitzar les vacants en el centre de treball del representant dels treballadors amb l'objectiu de poder determinar si aquest pot ocupar-les per reunir els requisits professionals. De tal forma, que si és així s'imposa la prioritat de permanència i cal incloure altre treballador en el llistat d'afectats. És a dir, la garantia prevista en l'art 68.b ET tindrà com a límit el grup professional i el centre de treball adscrit pel treballador que ostenta la condició de representant.

9.3.2) RENUNCIA I INCOMPLIMENT DE LA PRIORITAT DE PERMANÈNCIA:

Ja he comentat que el RD 43/1996, art 6.b no exigeix que l'acord sobre la reorganització empresarial incloga necessàriament el llistat definitiu dels treballadors afectats. El legislador obliga només a citar els criteris utilitzats per a seleccionar-los, el número i categoria professional dels treballadors afectats, el període dins del qual es realitzaran les extincions i les dades sobre la plantilla al darrer any.

Aquells serien els requisits que ha de complir l'acord sobre aquesta matèria. Certament la norma no diu res, però l'empresari a més de fer menció al grup professional a què pertanyen els treballadors hauria d'assenyalar si ostenten algun càrrec de representació col·lectiva. Si fos així, l'acord homologat per l'Administració inclouria expressament aquesta exigència i evitariem que més endavant, en concretar el llistat d'afectats, l'empresari pogués vulnerar aquesta garantia al·legant que la seua decisió compleix amb la resolució de l'Administració que disposa la procedència de les extincions recollides en l'expedient, sense establir cap condicionament⁶⁵³ per raó del

⁶⁵² STS, 6 de maig de 2003, Ar 3744. STSJ Castella i Lleó, 15 de febrer del 1994, AS 1994/484. Davant una reestructuració d'empresa a nivell de grup i en virtut d'un acord, l'empresa en qüestió cessa en la seua activitat principal i es dedica només a la distribució del seu producte. Per tant, la seua plantilla passa de 274 treballadors a 8. En virtut de l'acord, l'empresa procedeix a acomiadar els treballadors i subsisteixen els 8 contractes de treball acordats i 8 més amb caràcter temporal. Però a més, són diversos els treballadors que poden gaudir de la garantia de l'art 86.b ET. El Tribunal entén que la prioritat de permanència no pot ser admesa respecte dels tres llocs de treball mencionats pels treballadors, perquè exigeixen una peculiar qualificació professional que no en tenen els representants. No obstant això, sí que podria operar respecte dels 5 llocs de treball de porteria encara que tenen un caràcter temporal, perquè encara que no corresponguen amb la seua categoria professional, aquests amb la seua pretensió, estan acceptant la mobilitat funcional descendent. A més, assenyala el Tribunal, que com són 11 els treballadors que gaudeixen de la garantia i només existeixen 5 llocs vacants i no existeixen criteris legals per a designar-los, correspon a l'empresari aquella facultat.

⁶⁵³ STSJ Astúries, 20 de gener de 1995. AS 1995/33. En relació amb l'acomiadament d'un representant dels treballadors a través d'un expedient de regulació, el Tribunal raona que la decisió empresarial és un

personal afectat. Aquest problema es pot plantejar en més d'una ocasió, perquè el legislador certament reconeix la garantia, però no estableix en quin moment i de quina forma s'ha de fer efectiva.

En no concretar les condicions del seu exercici ni el moment en què s'ha d'al·legar aquesta prioritat, ni si el representant pot renunciar a ella, el legislador ha deixat aquestes qüestions en mans dels tribunals i aquests, en alguna ocasió, han interpretat que si no impugnem l'acord que no respecta aquesta garantia o si no manifestem la nostra disconformitat amb la decisió empresarial, aquesta actitud equival a una actitud passiva dels representants que denota deixadesa a l'hora d'exercir els seus drets, com si renunciaren a ells⁶⁵⁴.

No obstant això, el TC⁶⁵⁵ reconeix que la prioritat de permanència, art 51.9 ET ha de ser respectada i per tant, els seus titulars han de ser els últims en abandonar l'empresa davant una reestructuració empresarial. No obstant això, deixa intuir la possibilitat que els representants renunciïn a ella de forma *expressa*⁶⁵⁶. Certament no es pronuncia expressament sobre aquesta possibilitat, però diu que en el cas en què poguessin renunciar a ella, mai podria fer-se de forma presumpta perquè amb ella no es pretén donar un privilegi al representant. Allò que es busca és protegir l'activitat representativa. Malgrat tot, la sentència del TC 191/1996 inclou un vot particular que discrepa d'aquest plantejament. En concret, no creu que l'empresari privés els representants dels treballadors d'aquesta garantia, més aviat entén que els representants dels treballadors s'oposen a la forma en què l'empresa ha fet efectiva aquesta garantia.

simple compliment i execució de l'acord de la Direcció General de Treball que disposa la procedència dels acomiadaments, sense establir cap condicionament a aquella autorització per raó del personal afectat. I això que tenia coneixement que en el llistat d'afectats, l'empresari havia inclòs a membres del comitè d'empresa. Per tant, com l'empresa s'ha limitat a fer ús de l'autorització concedida per un acord administratiu, no podem imputar a l'empresari vulneració de les garanties de l'art 68.b ET. En un mateix sentit: STSJ Astúries, 29 d'abril de 1994. AS 1994/1552. Més recentment la STS, 6 de maig de 2003, Ar 3744: Considera que la preferència que atorga la protecció dels drets fonamentals aplicada al dret de prioritat de permanència, obliga l'empresa a acreditar en l'expedient de regulació d'ocupació l'existència de raons empresarials que justifiquen l'exclusió d'aquell dret. L'Administració per la seua part, ha de ponderar-les expressament en el moment de resoldre, si no hem d'entendre que ha de prevaler la garantia legalment establerta.

⁶⁵⁴ STSJ Astúries 20 gener de 1995, AS 1995/33. STSJ Astúries, 20 abril de 1994. AS 1994/1552.

⁶⁵⁵ La sentència 191/1996, resol un recurs presentat per uns treballadors contra els seus acomiadaments. En concret, al·leguen que l'empresa no ha respectat la prioritat de permanència. A més, en formar part d'un comitè d'empresa "sindicalitzat" entenen que s'ha violat el dret a la Llibertat Sindical. El TC, entén que l'empresa ha violat l'art 28 CE per fer una interpretació restringida d'aquell dret. En realitat, estima que no poden col·locar als titulars del dret en la situació límit de renunciar a ells per a beneficiar a altres o no renunciar. Diu el TC que la garantia no és un privilegi. Allò que es tutela a través d'ella és la representació dels treballadors. En canvi, en el vot particular formulat per Cruz Villalón discrepa d'aquesta interpretació i entén que l'empresa ha respectat aquesta garantia, no ha lesionat el dret a la llibertat sindical i entén que el TC no ha d'inclinar-se apriorísticament per la interpretació més beneficiosa d'una garantia creada pel legislador en la seua llavor de configuració d'un dret fonamental.

⁶⁵⁶ SORIANO CORTÉS, D, "Derecho de libertad sindical y prioridad de permanencia de los representantes legales de los trabajadores en los supuestos de despido colectivo. Comentario a la STC 191/1996. En D.A., "Presente y futuro de la regulación del despido", op.cit, pàg. 325. Afirmar que aquesta és una possible interpretació, però també podem entendre que aquesta garantia pot ser interpretada a la llum d'altres preceptes, en concert l'art 3.5 ET. Aquest article estima que els treballadors no podran disposar, abans o després de la seua adquisició, dels drets reconeguts per disposicions legals de dret necessari o per conveni.

Enllaçant amb aquesta idea, cal determinar les conseqüències que es deriven de l'incompliment d'aquesta garantia davant un expedient de regulació d'ocupació. Tenint en compte el nostre sistema de representació a l'empresa: representació unitària i representació sindical i el diferent origen constitucional que tenen, tal vegada és convenient diferenciar entre diferents situacions que es poden plantejar. Quan l'empresari vulnere la prioritat de permanència del comitè d'empresa o del delegat de personal, art 68.b ET, el seu acomiadament haurà de ser considerat discriminatori per fonamentar-se en l'exercici de les funcions de representació, art 68.c ET, la qual cosa implicaria la seua nul·litat. Hem de tenir en compte, que aquests treballadors no poden ser acomiadats mentre dure el seu mandat ni durant l'any següent a l'expiració d'aquest per motius relacionats amb l'exercici del seu càrrec.

Podríem dir, que aquesta interpretació feta en base a la previsió recollida en l'art 68.c ET està en sintonia amb allò que diu el Conveni nº135 de la OIT sobre "protecció i facilitats que han d'atorgar als representants dels treballadors a l'empresa". Recordem que en ell es deia que els representants dels treballadors han de gaudir d'una protecció eficaç i això inclou una protecció contra l'acomiadament realitzat per la seua condició de representant dels treballadors o realitzat per les seues activitats com a tal. Per la seua part, quan es vulnere la prioritat de permanència del comitè d'empresa sindicalitzat o d'un delegat sindical, l'acomiadament també haurà de ser considerat nul, però en aquest cas perquè aquest ha lesionat un dret fonamental com pot ser la Llibertat Sindical⁶⁵⁷.

Respecte al primer supòsit, hem de tenir en compte que la representació unitària té el seu origen constitucional indirectament en l'art 129 CE i no en l'art 7 ni en 28 CE⁶⁵⁸ i en general, no exerciran el dret a la llibertat sindical. Per tant, la vulneració de la garantia prevista en l'art 68.b ET per l'empresari no suposarà un atemptat d'un dret fonamental. En canvi, en els darrers supòsits, la inclusió d'aquests en el llistat definitiu sense justificació, pot suposar una lesió del dret a la Llibertat Sindical i per tant, els acomiadaments podrien ser nuls⁶⁵⁹.

⁶⁵⁷ APARICIO TOVAR, J, "El despido de los representantes de los trabajadores y el afiliado al Sindicato", en D.A, "El régimen del despido tras la reforma laboral", op.cit, pàg. 205. Aquest autor considera nuls els acomiadaments que no respecten la garantia de prioritat a l'empresa realitzats davant un acomiadament col·lectiu, i no fa cap diferenciació. En contra, RIVERA VAYREDA, C, "La selección de los trabajadores en supuestos de despidos por causas económicas, técnicas, organizativas, o de producción", TS, 1999, nº106, pàg. 11 i següents. Considera que els acomiadaments realitzats en el marc d'un expedient de regulació només seran nuls quan afecten membres del comitè d'empresa "sindicalitzats" o quan afecten la representació sindical. RODRÍGUEZ RAMOS, MJ, "El procedimiento", en D.A, "El Despido. Análisis y aplicación práctica", op.cit, pàg. 535. Afirma de forma general, que l'incompliment de la garantia suposarà la improcedència de l'acomiadament, excepte quan atente contra un dret fonamental i en concret contra el dret a la Llibertat Sindical.

⁶⁵⁸ STC 118/1983.

⁶⁵⁹ STC 191/1996. Fonament jurídic 5. En relació amb un l'acomiadament d'uns membres d'un comitè d'empresa "sindicalitzat" declarà nuls els acomiadaments per atemptar contra la Llibertat Sindical. Dins de l'actual sistema de protecció i garanties dels drets dels treballadors, la prioritat de permanència s'integra en determinats supòsits, dins de la Llibertat sindical. La STC 40/85 i la 187/1987, va considerar les garanties i facilitats dels representants dels treballadors s'incorporen al contingut essencial de la llibertat Sindical.

9.4) ALTRES POSSIBLES PRIORITATS DE PERMANÈNCIA A L'EMPRESA:

Arribat a aquest punt, només queda per analitzar si en una reestructuració empresarial a més de la prioritat de permanència dels representants dels treballadors, el nostre ordenament jurídic actual preveu algun dret preferent en relació amb altres col·lectius. Alhora, serà necessari analitzar les possibilitats que té el conveni col·lectiu sobre aquest terreny i les possibles limitacions que poden tenir aquestes regulacions, si volem que no siguin contraries al principi d'igualtat.

En realitat, quan parlem de la possibilitat de pactar o regular algun tipus de dret preferent per romandre a l'empresa davant un acomiadament col·lectiu, no parlem d'atribuir a determinats col·lectius la mateixa prioritat de permanència que tenen els representants dels treballadors. Més aviat, es tractaria de reconèixer a alguns treballadors, un dret preferent per a romandre a l'empresa, si es donen determinades circumstàncies i en determinades limitacions. Des del meu punt de vista, el nostre ordenament jurídic permet aquestes actuacions, que a més es troben plenament justificades.

Tractaré d'explicar-me amb major claredat. Malgrat que als darrers anys s'ha treballat per eradicar la discriminació i promoure la igualtat d'oportunitats en el terreny laboral i tractar que tots, amb independència de la nostra edat, gènere o condicions personals, puguem tenir les mateixes oportunitats a l'hora d'accedir al món laboral i romandre en ell, allò cert és que determinats col·lectius: dones, minusvàlids, majors de 45 anys, joves i altres col·lectius amb riscs, s'han incorporat sota una igualtat formal que s'ha vist esborronada per la via dels fets.

Com sabem, tant la CE com l'ET proclamen el dret a la igualtat i prohibeixen la discriminació, art 14 CE i 17 ET. Però aquestes previsions no han estat suficients per tal d'evitar que aquells col·lectius tinguin majors problemes a l'hora d'incorporar-se al mercat de treball o per mantenir-se al seu lloc de treball. Per tant, no podem negar que existeixen uns col·lectius, que per moltes circumstàncies, tenen més problemes que altres a l'hora d'incorporar-se al mercat laboral. Aquesta realitat evidencia la necessitat de corregir les desigualtats de fet que pateixen aquests col·lectius i en aquest sentit, les normes que es limiten a reconèixer la igualtat formal són insuficients. Són necessàries mesures encaminades a promoure la igualtat real d'oportunitats d'aquests col·lectius.

Seguint amb aquests plantejaments, no podem oblidar que correspon als poders públics promoure la igualtat i que aquesta siga real i efectiva. Com no pot ser d'altra forma, és la seua obligació remoure els obstacles que dificulten la seua plenitud, art 9 CE. Ara bé, per tal d'aconseguir aquella igualtat real, de vegades i sota determinades circumstàncies, serà necessari tractar de forma diferents col·lectius que no es troben en les mateixes condicions.

Com raona el TC⁶⁶⁰, l'art 14 de la CE que consagra la igualtat de tots davant la Llei, no recull un principi d'igualtat absolut que pugui ometre prendre en consideració l'existència de raons objectives que justifiquen la desigualtat de tractament legal. En aquest sentit, el mandat previst en l'art 9.2 CE propugna una igualtat real que en l'àmbit

⁶⁶⁰ STC 3/1983, 25 de gener.

de les relacions laborals, exigeix un mínim de desigualtat formal en benefici del treballador.

Tenint en compte aquest mandat i la finalitat buscada a través d'ell, el legislador ha elaborat diferents normes i programes que tracten de millorar les oportunitats d'aquests col·lectius: la Llei 13/1982, "d'integració social del minusvàlid", de 7 d'abril, la Llei 12/2001, 9 de juliol sobre "mesures urgents de reforma del mercat de treball per a incrementar l'ocupació i millorar la seua qualitat" o la Llei 62/2003, de 30 de desembre sobre "mesures fiscals, laborals i administratives. A través d'aquestes normes es vol promoure la contractació d'aquests col·lectius mitjançant diferents incentius. L'objectiu buscat és que la seua contractació resulte atractiva per als empresaris, un atractiu que és aconseguit rebaixant les quotes a la seguretat social o bonificant la seua contractació.

Però els exemples normatius exposats en les línies anteriors, no són els únics instruments que tenim al nostre abast a l'hora de promoure la igualtat real i remoure les dificultats que tenen alguns col·lectius. Com veurem més endavant, en una reestructuració empresarial podrem pactar durant les negociacions la possibilitat d'establir una mena de dret preferent d'alguns col·lectius per romandre a l'empresa, sempre que es respecten determinades condicions. Aquest dret preferent, no aniria dirigit a qualsevol col·lectiu, sinó a aquells que tenen major dificultats per incorporar-se i romandre en el mercat laboral: treballadors majors de 45 anys, dones, joves i minusvàlids i altres col·lectius en risc. Per tant, i com analitzarem seguidament, aquest tipus d'actuació no sempre serà discriminatòria. Tot el contrari, aquest tipus de regulació pot configurar-se com una forma de col·laborar amb les polítiques que tracten d'aconseguir la igualtat d'oportunitats d'aquells col·lectius que tenen majors problemes per a la seua inserció laboral.

De fet, el TJCE permet les accions afirmatives i a més, comptem amb dos pronunciaments importants del Tribunal respecte a aquesta possibilitat: el Cas Kalanke i el Marshall⁶⁶¹. En aquests pronunciaments, el tribunal continua considerant que aquest tipus d'accions són una excepció al principi de paritat de tracte, però legitima les accions afirmatives de resultats, encara que les sotmet a limitacions. De tal forma, que les accions afirmatives seran unes mesures legítimes, si la preferència d'un col·lectiu sobre altre no es produeix de forma automàtica i es permet valorar altres circumstàncies professionals i personals.

Tenint en compte aquests plantejaments i el contingut de l'art 9 CE i 17 ET, podem dir que davant una reestructuració empresarial, les parts que es troben negociant l'expedient podran reconèixer a favor de determinats col·lectius una mena de dret preferent per a romandre a l'empresa o per gaudir de forma preferent de determinades mesures recollides en el pla social. Aquestes mesures que es poden pactar també en la norma convencional, seran compatibles amb la nostra normativa i amb la comunitària si la preferència a favor de determinats col·lectius amb problemes greus en relació amb la seua inserció laboral, no es produeix de forma automàtica i podem valorar altres aspectes: la capacitació professional de la plantilla, la polivalència dels treballadors etc.

⁶⁶¹ STJCE, 17 octubre de 1995, C-450/1993, afer: Kalanke. STSJ, 11 novembre de 1997, C-409/1997, afer: Marshall.

Dit açò, em sembla important assenyala que aquest tipus d'actuacions davant una reestructuració empresarial són importants si tenim en compte el tipus de col·lectius que majoritàriament són afectats per les reestructuracions d'empreses. És a dir, amb caràcter general els acomiadaments afecten treballadors amb edat avançada, que des de fa molts anys realitzen un mateix tipus d'activitat a l'empresa i que per tant, tindran problemes per adequar les seues qualificacions professionals als futurs llocs de treball que els poden oferir o per adaptar-se als canvis continus que es produeixen a les empreses.

Si a més d'aquestes circumstàncies, els afectats són col·lectius en risc, per exemple dones, minusvàlids o majors de 45 anys, podem imaginar-nos els problemes que tindran per aconseguir un nou lloc de treball. En altres ocasions, els acomiadaments afecten treballadors poc qualificats que tindran molts problemes per reincorporar-se a la vida laboral. Totes aquestes circumstàncies poden complicar molt la seua contractació i dificultaran la seua inserció laboral. De tal forma, que aquests treballadors corren el risc de convertir-se en aturats de llarga duració, la qual cosa complicaria encara més el seu procés d'inserció professional.

La Comissió Europea⁶⁶² reconeix que el trànsit dels treballadors d'un sector a altre no és fa de forma automàtica, les persones acomiadades no necessàriament accedeixen als nous llocs de treball creats, ja que la localització i les qualificacions requerides no són inevitablement les mateixes. Aquesta situació afecta els grups més vulnerables, especialment els treballadors poc qualificats. Es diu doncs, que per tal que els treballadors afectats per les reestructuracions puguen beneficiar-se dels nous llocs de treball que es creen a Europa, hem de millorar el funcionament del mercat de treball, reforçar les polítiques actives d'ocupació i facilitar el trànsit professional. Tanmateix, mentre no esmenem aquelles deficiències, cal adoptar mesures a favor dels grups de treballadors més vulnerables com per exemple aquest dret preferent davant un acomiadament col·lectiu.

Per altra banda, a més d'aquests raonaments destinats a justificar aquest tipus d'actuació davant les reestructuracions empresarials, podríem treure a col·lació dos arguments més. Així doncs, aquesta mena de preferència davant un acomiadament col·lectiu estaria relacionada amb una de les finalitats del Dret del Treball. Efectivament, aquestes mesures que hem analitzat i que tracten d'aconseguir la igualtat real de determinats col·lectius en l'àmbit laboral, estan relacionades amb la naturalesa i finalitats que té aquesta disciplina. En aquest sentit, podríem dir que a diferència del dret de contractes que es basa en els principis d'igualtat i llibertat de les parts, l'ordenament laboral es constitueix com un ordenament compensador i igualador, que tracta de corregir, al menys parcialment, les desigualtats fonamentals. De tal forma, que la finalitat compensadora de l'ordenament laboral no vulnera el principi d'igualtat, art 14 CE⁶⁶³.

Certament, aquesta regulació limita les facultats de l'empresari a l'hora de seleccionar els treballadors afectats per l'expedient. A més, aquesta preferència atribuïda a determinats col·lectius, pot contradir la línia seguida sobre aquesta matèria pel TS, segons el qual "tret de la prioritat de permanència, l'elecció dels treballadors

⁶⁶² Comunicació de la Comissió, "Reestructuracions y ocupació", 31 de març de 2005, COM (2005) 120 final. Pàg. 5.

⁶⁶³ STC 3/1983, 25 de gener.

correspon a l'empresari”⁶⁶⁴. No obstant això, aquesta limitació de les facultats empresarials estaria justificada si tenim en compte que aquest es beneficia en moltes ocasions, d'uns recursos econòmics que provenen de l'Administració i que estan destinats a promoure la igualtat d'aquells treballadors. Per tant, sembla lògic que davant un acomiadament col·lectiu li exigim algun tipus de responsabilitat i de col·laboració amb aquestes polítiques que tracten d'aconseguir la igualtat de tots en el món laboral.

Però a més de l'argument anterior, considere que encara podem exposar una idea més a efectes de recolzar la possibilitat de limitar les facultats de selecció de l'empresari en una reestructuració empresarial a través d'aquesta preferència per a romandre a l'empresa davant un acomiadament col·lectiu. Aquest tipus d'actuació enllaçaria amb allò que coneguem com “la responsabilitat social de les empreses”⁶⁶⁵. Segons aquest concepte, “l'assumpció voluntària o pactada per part de l'empresari de mantenir en l'empresa aquells col·lectius que tenen majors problemes d'inserció professional, respon perfectament a allò que comencem a conèixer com la “responsabilitat social de les empreses”.

La responsabilitat social no és altra cosa que l'assumpció voluntària de compromisos que van més enllà de les obligacions reglamentaries o convencionals. Així doncs, podríem considerar que el compromís empresarial de col·laborar amb les polítiques que tracten d'aconseguir la igualtat real en l'àmbit laboral és un compromís voluntari que va més enllà de les seues obligacions jurídiques. De tal forma, que assumint aquest compromís es pretendria realitzar unes reestructuracions socialment responsables.

Avançant un poc més sobre aquestes idees, no podem ignorar tampoc que reestructurar des d'un punt de vista socialment responsable, implica equilibrar i tenir en compte tots els interessos i preocupacions de tots els afectats pel canvi i per les decisions empresarials, la qual cosa ens obliga a tenir present que existeixen uns col·lectius que pateixen uns problemes seriosos i reals a l'hora de incorporar-se i romandre en el mercat de treball i que tenen majors problemes d'inserció. De tal forma, que l'acomiadament d'aquests treballadors pot produir uns majors danys socials i això obliga les parts que es troben negociant l'expedient a plantejar-se formules que tracten de reduir els perjudici social que pot ocasionar l'acomiadament col·lectiu.

9.5) ALTRES PREFERÈNCIES LEGALS: LES FAMÍLIES NOMBROSES I ELS TREBALLADORS MINUSVÀLIDS I ALGUNS SUPÒSITS MÉS:

Com he comentat en les darreres pàgines, en relació amb les reestructuracions empresarials, l'ET de 1980 i al RD 696/1980 mantenia un complex sistema de prioritats

⁶⁶⁴GOERLICH PESET, JM, “Libertad de empresa y Extinción del contrato de trabajo”, en D.A, “Libertad de empresa y relaciones laborales en España”.op.cit, pàg. 20. Aquest autor discrepa d'aquest plantejament del TS que identifica la determinació dels treballadors afectats amb les prerrogatives incloses en la llibertat d'empresa. Segons explica, el plantejament dels Tribunals es basa en la inexistència d'una específica intervenció normativa que delimita les facultats empresarials. Res més lluny de la realitat, de fet la llibertat de l'empresari per a seleccionar els treballadors afectats només es reconeix quan no existesquen específiques intervencions. De fet, el TS ha admès que la possible existència d'un principi “adequació social” permet introduir altres criteris que permeten reduir els costos socials de l'acomiadament.

⁶⁶⁵ Llibre Verd sobre “un marc europeu per a la responsabilitat social de les empreses” COM (2001) 366 final. Pàg. 7 i 10.

de permanència a l'empresa i un complex sistema de prelacions. Tanmateix, a través de la disposició final tercera de l'ET de 1980 entengueren derogades aquelles prioritats de permanència⁶⁶⁶. De tal forma, que des d'aquell moment el legislador només va reconèixer expressament, la prioritat de permanència dels representants dels treballadors, antic art 51.9 ET. No obstant això, el silenci que guardava la norma respecte als titulars de família nombrosa ens podia fer pensar que aquests conservaven aquella prioritat que els reconeixia aquell sistema, en la mesura que la disposició final tercera de l'ET de 1980 no mencionava expressament la derogació de la Llei 25/1971. Malgrat tot, després de la reforma de 1994, es difícil mantenir la vigència d'aquella norma.

Certament, les disposicions derogatòries del nou ET sorgit després de la reforma de 1994, no mencionaven expressament aquella llei, però la tècnica utilitzada a l'hora de derogar les normes anteriors és més clara. En aquest sentit, el legislador estableix que queda derogada la Llei 8/1980, ET i queden derogades totes aquelles disposicions contraries a allò previst en l'ET, disposició derogatòria única. Així i tot, els temes utilitzats per derogar aquella normativa poden plantejar algun dubte. Tal vegada hem d'analitzar si la previsió d'alguna preferència a l'empresa, al marge d'aquella que gaudeixen els representants dels treballadors, és contrària a l'ET. En concret, hauríem d'analitzar si aquella prioritat és contrària a les previsions recollides en l'art 17 ET. En qualsevol cas, i pels motius exposats, hem d'entendre derogada aquella Llei i per tant, aquella preferència.

No obstant això, i malgrat el dit fins aleshores, els dubtes sobre aquestes qüestions han subsistit, sobretot amb la promulgació de la Llei 40/2003, de 18 de novembre, sobre la protecció de famílies nombroses, ja que el Títol II inclou diverses mesures en el terreny laboral destinades a protegir-les. A més a més, l'art 10.1 preveu que els convenis col·lectius podran incloure mesures protectores a favor dels treballadors que tenen una família nombrosa sobretot, davant determinats supòsits: mobilitat geogràfica, modificació substancial i *l'extinció del contracte de treball*. Així doncs, aquesta previsió en principi ens permetria establir a través de la norma convencional una mena de preferència d'aquests treballadors a l'hora de romandre a l'empresa en una hipotètica reestructuració empresarial.

Així és, perquè quan parlem de mesures d'acció afirmativa en el terreny laboral, parlem de mesures destinades a uns col·lectius socials que tenen problemes reals a l'hora d'accedir al món laboral. Es tracta de col·lectius que pateixen una situació real menys desfavorable i a través de determinades mesures laborals més favorables per a ells, tractem de corregir aquella desigualtat d'origen. No és una discriminació, perquè a través del tracte diferent per raó del gènere o d'altres circumstàncies, es pretén remoure els obstacles i eliminar els desavantatges fàctics que impedeixen la igualtat real. Com deia el TC, no és discriminatori tractar de forma diferent col·lectius diferents⁶⁶⁷.

⁶⁶⁶ En concret aquella disposició final tercera de l'ET de 1980, en el seu apartat 11, deroga el Decret de 1878/1971, de 23 de juliol, sobre el règim jurídic de garanties dels càrrecs sindicals, i en l'apartat 14 deroga la Llei 16/1976, de 8 abril, de Relacions Laborals. Recordem que en el seu article 13.2 establia un ordre de prelación.

⁶⁶⁷ STC 128/1987, i STC 229/1992. Aquesta darrera sentència considera que la consecució de l'objectiu igualitari entre homes i dones permet establir un dret desigual desigualatori, és a dir, permet l'adopció de mesures requilibradores de situacions socials discriminatòries preexistents per aconseguir una substancial i efectiva equiparació entre les dones, socialment desfavorides i els homes, a efectes d'assegurar el gaudiment efectiu del dret a la igualtat.

Aquestes mesures trobarien la seua raó de ser en el fet que en les famílies nombroses, els seus titulars tenen un problema afegit a l'hora d'incorporar-se al món laboral que té el seu origen en aquell model familiar. Aquests tenen una problemàtica social específica pel cost que representa per a ells el manteniment d'aquell model d'unitat familiar i aquesta situació pot donar lloc a mesures que tracten de suavitzar aquella problemàtica, inclús en el terreny laboral.

9.5.1) LA RESERVA ESTABLERTA EN LA LLEI 13/1982 A FAVOR DELS TREBALLADORS MINUSVÀLIDS:

Per altra banda, existeixen altres col·lectius com els minusvàlids respecte als quals aquesta preferència per a romandre a l'empresa davant una reestructuració empresarial també estaria justificada. Com sabem, aquest col·lectiu té un problema real a l'hora d'incorporar-se al món laboral. Aquests treballadors es troben en una situació de partida menys desavantajosa que altres col·lectius per raó de la seua discapacitat i és per això, que les polítiques d'ocupació tracten d'assegurar la integració laboral d'aquest col·lectiu i aconseguir d'aquesta forma la igualtat real en el món laboral. Per tal de complir aquest objectiu tenim la Llei 13/1982, 7 abril i la Llei 51/2003, de 2 de desembre, que complementa la primera.

Per a ser honestos, cal reconèixer que aquestes normes no atorguen a aquest col·lectiu un dret preferent per a romandre a l'empresa, ni mencionen la possibilitat que la norma convencional reculla aquesta possibilitat davant un acomiadament col·lectiu. Però recull una previsió que pot limitar la facultat de l'empresari a l'hora de seleccionar els treballadors afectats per un expedient. Així és, la norma diu que les empreses que ocupen cinquanta o més treballadors, el 2% hauran de ser treballadors minusvàlids. Conseqüentment, si l'empresari vol complir amb aquesta previsió a l'hora de seleccionar els treballadors afectats pel seu projecte d'acomiadament col·lectiu, haurà de respectar aquest percentatge recollit en l'art 38 de la Llei 13/1982 i aquest constituirà indirectament, una nova limitació a l'hora de seleccionar els treballadors afectats per la reestructuració. Una limitació que per altra banda, també es podria treure a col·lació quan les parts estan negociant l'expedient i analitzant els criteris de selecció⁶⁶⁸.

Però a més d'aquesta limitació, la mateixa norma preveu una nova possibilitat amb l'objectiu de corregir la desigualtat d'aquest col·lectiu. En aquest sentit, l'art 37 reconeix la possibilitat d'introduir mesures d'acció afirmativa, és a dir, mesures que tractarien d'aconseguir a través d'un tracte especial més favorable, una equiparació material en el treball⁶⁶⁹. Concretament, la norma preveu que a efectes de garantir la plena igualtat en el treball, podran adoptar mesures específiques destinades a prevenir o compensar els desavantatges ocasionats per motiu de la seua discapacitat⁶⁷⁰.

⁶⁶⁸ MONEREO PÉREZ, JL, FERNÁNDEZ AVILÉS, JA, "El despido colectivo en el derecho español", op.cit, pàg. 235. A més de la prioritat de permanència, addicionalment es pot deduir altra preferència en cas de reserva de llocs de treball, Llei 13/1982.

⁶⁶⁹ STC 216/1991, STC 166/1988.

⁶⁷⁰ Així doncs, algun conveni col·lectiu preveu una prioritat en l'ingrés en l'empresa d'aquest col·lectiu. El conveni de begudes carbòniques i refrescants de Tarragona. DOGC, 21 d'agost 1995. Art 29, estableix que tot augment del número de treballadors a l'empresa estarà cobert en un 5% per minusvàlids, sempre i quan, siguin aptes i estiguen capacitats per a desenvolupar aquell treball.

No obstant això, la possibilitat de regular aquestes mesures es troba recollida amb major precisió per la Llei 51/2003. En ella sí que es preveu expressament la possibilitat de realitzar mesures d'acció afirmativa i a més les defineix i no les consideren com una discriminació, sinó tot el contrari, les considera l'altra cara del principi d'igualtat. Tant és així que la norma estima una vulneració del principi d'igualtat d'oportunitats l'incompliment de les mesures d'acció afirmativa establertes legalment, art 4, 8, 9 llei 51/2003.

Així doncs, que tenint en compte les idees exposades fins aleshores, podríem dir que aquesta regulació propicia la possibilitat d'introduir una mena de dret preferent d'aquests treballadors per romandre a l'empresa en una reestructuració empresarial o un dret preferent per a beneficiar-se de les mesures recollides en el pla social. No es tractaria d'un dret absolut, perquè finalment aquestes mesures només s'aplicarien si es donen altres circumstàncies que poden ser valorades per l'empresari. Es tractaria només d'evitar quan, fos possible, l'extinció dels contractes de treball d'aquests col·lectius. Aquestes mesures formarien part de les mesures d'acció afirmativa que es poden realitzar en aquest terreny i tindria com a objectiu, eliminar les desigualtats que pateixen en el mercat laboral aquests treballadors.

Seguint amb aquests plantejaments, tal vegada la forma més propicia de recollir aquesta preferència siga a través de la norma convencional. Sobre la seua possible legalitat cal dir que si el conveni no estableix una preferència automàtica ni absoluta i permet a l'empresari valorar altres criteris com la capacitació professional, no ha de plantejar problemes de legalitat, perquè com deia el TC⁶⁷¹ "l'actuació dels poders públics destinada a solucionar la situació de determinats grups socials, que es troben col·locats en una posició d'innegable desavantatge en l'àmbit laboral, no pot considerar-se que vulnera el principi d'igualtat, encara que reculla un tracte més favorable per a ells, ja que es tracta d'un tractament diferent per a situacions diferents". A més, des del meu punt de vista, allò que prohibeix l'art 17 de l'ET són les discriminacions inverses, però no les accions afirmatives.

9.6) EL PACTE DE PERMANÈNCIA A L'EMPRESA

A més de les possibilitats analitzades anteriorment d'origen legal, la previsió recollida en l'art 21.4 ET en relació amb els pactes de permanència a l'empresa, poden constituir una dificultat afegida a l'hora de seleccionar els treballadors afectats per l'expedient. Però a més, podríem considerar que tal vegada aquests pactes es configuren com un dret preferent a l'hora de romandre a l'empresa davant una reestructuració empresarial. Recordem que aquests pactes es signen quan l'empresa ha sufragat les despeses que han originat la formació d'uns treballadors concrets. Una formació que cal dir de pas, es necessària per poder realitzar un projecte o un treball específic. Conseqüentment, a canvi de fer-se càrrec de les despeses que origina l'especialització professional del treballador, l'empresari i aquell poden signar un compromís en virtut del qual, el treballador es compromet a romandre a l'empresa durant un determinat període de temps.

Així doncs, podríem dir que l'objectiu buscat mitjançant aquestes clàusules és protegir la competitivitat de l'empresa i més concretament, que altres empreses del sector no s'aprofiten de l'especialització o la formació d'aquell treballador rebuda a

⁶⁷¹ STC 128/1987

càrrec de l'empresari i aprofiten aquells coneixements a l'hora de desenvolupar projectes que el podrien perjudicar.

Doncs bé, aquests pactes que originàriament són pactats per protegir-se de determinats comportaments que es poden realitzar per altres empreses del sector i pel mateix treballador, en moments de crisi poden ser un problema per a l'empresari. Són un inconvenient, perquè limiten el seu poder de selecció a l'hora de triar els treballadors acomiadats. Conseqüentment, hem d'entendre que en principi aquest haurà de complir el contingut del pacte. Tanmateix, l'ET només es refereix a les conseqüències que es deriven quan és el treballador aquell que realitza la ruptura de l'acord, però no concreta les conseqüències que es poden derivar quan la ruptura la realitza l'empresari.

Exposat el tema en aquests termes, convé destacar que aquest tema encara es pot complicar més. Així doncs, en principi la previsió recollida en l'art 21.4 ET implica una limitació del dret al treball reconegut constitucionalment en l'art 35 CE i per això mateix el legislador ordinari estableix algunes limitacions i exigències. Dit açò, podríem dir que en principi i per les raons exposades fins aleshores, aquestes clàusules no beneficien especialment al treballador, sinó a l'empresari. No obstant això, en una reestructuració empresarial l'apreciació que fem sobre aquestes clàusules pot ser diferent, perquè limita les possibilitats de l'empresari a l'hora de triar els treballadors i permet que el treballador gaudeixca d'un dret preferent per romandre a l'empresa.

9.7) LA POSSIBILITAT D'ESTABLIR ALTRES PREFERÈNCIES A L'HORA DE SELECCIONAR ELS TREBALLADORS AFECTATS PER UN EXPEDIENT I ELS SEUS POSSIBLES LÍMITS:

Els exemples analitzats anteriorment en relació amb la possibilitat d'establir una mena de preferència per romandre a l'empresa davant un acomiadament col·lectiu, suposaven evidentment una limitació de les facultats de l'empresari o de la capacitat de les parts que es troben negociant l'expedient, però eren supòsits previstos legislativament. Eren doncs, unes previsions normatives que podien repercutir en la selecció d'aquells afectats per la reestructuració empresarial.

Tanmateix, aquesta mena de dret preferent atorgat a determinats col·lectius amb problemes reals per a incorporar-se i romandre en el mercat de treball, es pot pactar a través de les negociacions de l'expedient, amb la qual cosa es podria recollir posteriorment en l'acord. Alhora, aquesta regulació vinculària l'empresari en el moment de concretar els treballadors definitivament acomiadats. Però aquesta previsió podria estar pactada també en el conveni col·lectiu. En aquest cas, les parts podien acollir-se a ella durant les consultes a l'hora d'analitzar i pactar els criteris de selecció.

Així doncs, i tenint en compte les idees exposades fins aleshores, res impedeix que a través de les negociacions de l'expedient o mitjançant el conveni, aquest dret preferent per a romandre a l'empresa o per a beneficiar-se de les mesures del pla social es pogueren pactar en relació amb altres col·lectius en una situació similar i situats en una situació de desigualtat, com per exemple el de les dones. En aquest sentit, malgrat que l'acord interconfederal per a la negociació col·lectiva per al 2005 no preveu de forma explícita aquesta possibilitat, sí que recull algunes orientacions que poden servir de referència en els processos de reestructuracions empresarials, unes orientacions que tal vegada deurien tenir en compte els convenis col·lectius. En concret, aquest acord diu

que la gestió de la reestructuració, tenint en compte les conseqüències socials relatives als condicionaments de l'empresa, haurà de tenir en compte entre altres qüestions, *l'elecció dels treballadors i abordar possibles alternatives.*

En qualsevol cas, la possibilitat de limitar les facultats d'elecció de l'empresari en matèria d'acomiadaments per causes empresarials va ser analitzada pel TS⁶⁷² i aquest es va pronunciar afirmant que la facultat de seleccionar els treballadors correspon a l'empresari i tret de la prioritat de permanència que preveu l'ET, no existeix cap previsió que limite aquella facultat, excepte les eventuals reserves que sobre la matèria pot realitzar la negociació col·lectiva. Tant és així, que accepta que a través del *principi de l'adequació social*⁶⁷³ introduïm per la via del control de la facultat discrecional de l'empresari en la selecció, altres preferències que permeten reduir al mínim els costos socials dels acomiadaments.

Seguint amb aquests plantejaments, i més concretament amb la possibilitat de recollir un dret preferent per a romandre a l'empresa en una reestructuració a favor de determinats col·lectius i especialment a favor de les dones, podríem treure a col·lació algunes resolucions del TJCE. Així doncs, respecte a les accions afirmatives, el TJCE⁶⁷⁴ ha reconegut que "la Directiva 76/207 relativa a l'aplicació del principi d'igualtat de tracte entre homes i dones en l'accés al treball" permet les accions afirmatives a favor de les dones amb l'objectiu de compensar els efectes perjudicials de la condició femenina. Certament, El TJCE es va pronunciar en relació amb unes preferències establertes en la legislació alemanya que recollien la preferència d'aquell col·lectiu davant un supòsit de promoció interna⁶⁷⁵. No obstant això, els mateixos arguments serveixen per a defensar aquesta preferència, però en aquest cas per a romandre a l'empresa en una reorganització empresarial.

⁶⁷² STS, 19 de gener de 1998. Ar 996. En concert i en virtut del Principi de "l'adequació Social" el Tribunal es planteja una possible preferència a favor dels contractes indefinits. La preferència s'hauria d'aplicar si existiren altres contractes de treball, una situació que obriria una alternativa en la selecció, amb la qual cosa podríem aplicar una eventual preferència a favor del contracte indefinit, si l'altre contracte fos temporal. La possibilitat es descarta pel Tribunal, simplement perquè en la unitat en la què treballava aquell no existien altres treballadors.

⁶⁷³ ALBIOL MONTESINOS, I, "Medidas laborales extraconcursales de reestructuración y saneamiento de empresas, en D.A "XVI Congreso de Derecho del Trabajo y Seguridad Social", op.cit, pàg. 10. En relació amb el principi d'adequació social, el TS considera que el possible joc d'aquest límit en la selecció és com a mínim discutible. Per una part, perquè pot no encaixar completament i en tots els supòsits amb la postura del TS que substeu del control judicial la política de personal a l'empresa, la gestió de la qual correspon a l'empresari. I per altra part, perquè l'art 15 ET equipara en drets als treballadors temporals i als indefinits.

⁶⁷⁴ STJCE, 17 octubre 1995, C-450/93. Afer KALANKE. En aquesta primera ocasió, el Tribunal es pronuncia en contra d'aquestes preferències per entendre que en el cas concret, aquesta actuava de forma automàtica i impedia que es valoraren altres circumstàncies. Per tant, considera que aquella clàusula concreta era una discriminació en el sentit de l'art 2.1 de la Directiva 76/207. En canvi, en la STJCE, 11 novembre de 1997, C-409/1997. Afer: MARSCHALL. El Tribunal matisa el seu plantejament. El Tribunal legitima les mesures d'acció afirmativa, però les continua considerant una excepció a la regla de paritat de tracte i només reconeix la legalitat d'algunes d'elles. En concret, admet aquelles que no tenen un caràcter automàtic i tancat i que són flexibles.

⁶⁷⁵ En la STJCE, 11 novembre de 1997, C-409/1995, Afer: MARSCHALL. El Tribunal al·lega per a justificar aquelles preferències el següent: l'existència de dos candidats de distint sexe, però igual capacitació no implica necessàriament que tinguin les mateixes oportunitats. És més, assenyala que ha de corregir-se la tendència a promoure candidats masculins en perjudici de les candidates femenines amb una mateixa capacitació.

Tanmateix, aquesta possibilitat ha de ser matisada. Certament aquella Directiva i el nostre ordenament jurídic: art 17 ET i l'art 14 en relació amb l'art 9 CE, permeten aquesta possibilitat, però la preferència per a romandre a l'empresa en una reestructuració o per a beneficiar-se de les mesures recollides en el pla social, ha de ser una preferència oberta que permeti valorar altres criteris diferents al gènere o la resta de circumstàncies personals, com la capacitat professional, la polivalència d'aquests treballadors o l'escassa presència d'aquell col·lectiu en aquell sector. Es tractaria d'una preferència relativa i no absoluta que entraria en joc en el moment de seleccionar els possibles treballadors afectats per l'expedient. Es tracta d'una preferència flexible que fa possible que valorem tots els motius que poden concórrer en els treballadors possiblement afectats per l'expedient.

Tenint en compte aquest plantejament, allò que seria contrari al principi d'igualtat serien les preferències per a accedir o mantenir-se a l'empresa de naturalesa absoluta i automàtica. És a dir, aquelles que actuen de forma rígida i tancada i que no permeten valorar altres circumstàncies professionals. Però serien compatibles amb el principi d'igualtat aquelles preferències sobre aquells col·lectius que estan situats en el mercat de treball en una situació de desigualtat i que inclouen una "clàusula d'obertura". Una clàusula que garanteix als homes o a la resta de treballadors amb la mateixa capacitat que es puguin valorar en el moment de seleccionar-los altres circumstàncies personals i professionals.

10) LA INDEMNITZACIÓ PREVISTA EN L'ACORD COL·LECTIU:

Una vegada hem analitzat les principals qüestions que seran abordades en les negociacions i en l'acord: la causalitat i els criteris de selecció, ara cal abordar la indemnització que hauran de rebre els treballadors que finalment seran acomiadats. Així doncs, si analitzem la possible regulació que pot recollir l'acord sobre la reestructuració empresarial en relació amb la indemnització per acomiadament col·lectiu, hem d'analitzar necessàriament la naturalesa jurídica de l'art 51.8 ET i les relacions que manté aquell precepte respecte a l'autonomia col·lectiva i la individual. Alhora és necessari determinar si la indemnització fixada en l'art 51.8 ET és un dret disponible per a l'autonomia col·lectiva o no.

Molt s'ha discutit sobre la naturalesa jurídica que té la indemnització per acomiadament col·lectiu, sobretot en relació amb el tipus de regulació que podia introduir l'autonomia col·lectiva en aquesta matèria. Aquesta problemàtica ve de lluny, però recentment ha adquirit notorietat a conseqüència d'algunes sentències del TS i del TC en relació amb "Enatcar", unes resolucions contradictòries que han abordat de nou aquests problemes. No obstant això, no han aconseguit aportar uns criteris i una valoració unànime, en la mesura que algunes d'elles compten amb uns importants vots particulars en els quals manifesten les seues discrepàncies respecte a la interpretació majoritària.

Com veurem més endavant, tradicionalment i de forma no uniforme, els nostres tribunals entenen que la indemnització prevista en cas d'acomiadament col·lectiu era dret necessari mínim. Però la negociació col·lectiva, mitjançant el conveni o l'acord col·lectiu sobre la reestructuració empresarial, podia complementar aquella regulació

mínima i establir una més beneficiosa per als treballadors⁶⁷⁶. Malgrat algunes excepcions⁶⁷⁷, aquesta era la interpretació que es feia i que va continuar fins a la reforma de 1994. També a partir d'aquest moment, algunes resolucions judicials qüestionaren la naturalesa de dret necessari mínim que tenia aquella indemnització. Conseqüentment, en no considerar-la com a dret mínim necessari, permetien que l'autonomia col·lectiva disposés d'ella i permetien alhora la seua alteració o modificació a través de l'acord col·lectiu.

Possiblement la nova dimensió que ha adquirit la negociació col·lectiva a partir de la reforma del 1994, ha pogut propiciar aquests plantejaments que defenen la possibilitat de disposar in peius de la indemnització per acomiadament col·lectiu mitjançant l'acord col·lectiu produït durant les negociacions. Com ha destacat la doctrina, amb la reforma laboral del 1994 moltes normes laboral veieren reduït el seu caràcter imperatiu en perdre la seua naturalesa de dret necessari mínim⁶⁷⁸. Aquesta tendència va seguir dues trajectòries: en algunes ocasions optaren per eliminar aquells traves que limitaven la intervenció de l'autonomia col·lectiva sobre determinades matèries. I en altres ocasions, aquells límits imposats per la llei a la negociació col·lectiva es tornaren més ambigus o es difuminaren.

Sobre la base d'aquestes nous plantejaments, les indemnitzacions per acomiadament col·lectiu constitueixen un supòsit paradigmàtic on poc a poc s'han diluït els límits imposats per la llei a la negociació col·lectiva. Els tribunals han passat de considerar-les dret necessari mínim⁶⁷⁹ a considerar que l'art 51.8 ET no recull normes de dret necessari absolut. Per tant, "en permetre la norma legal la seua modificació, hem d'entendre que la indemnització és un dret de caràcter dispositiu"⁶⁸⁰.

Certament, amb la reforma laboral del 1994 potenciarem la regulació convencional en moltes matèries que fins aleshores havien estat reservades a la Llei i possiblement augmentaren els supòsits que preveïen una relació de complementarietat entre l'autonomia col·lectiva i la Llei. Com deia el legislador en l'exposició de motius de la Llei 11/1994, "la reforma reconegué nous continguts a la negociació col·lectiva i aquesta va passar a regular principis susceptibles de ser desenvolupats o modificats, sempre que la llei no els configurés com a mínims".

Però és important assenyalar, que la reforma no va suposar una alteració del sistema de fonts de les relacions laborals, art 3 ET, un precepte que regula també les

⁶⁷⁶ STS, 21 de gener de 1988, Ar 32, STS, 7 abril de 1990, Ar 3133.

⁶⁷⁷ Algunes resolucions del TS i d'alguns TSJ negaven que la indemnització per acomiadament fos dret necessari mínim: STS, 22 octubre de 1985, Ar 5690. STSJ, de la Comunitat Valenciana, 15 octubre de 1991, Ar 5850. STSJ Castella i Lleó, 24 de març de 1995, AS 1995/4827. Algunes resolucions judicials admetien la possibilitat de reduir la indemnització per acomiadament col·lectiu a canvi que l'acord col·lectiu recollís la possibilitat de reincorporar el treballador en l'empresa, o quan l'acord recollia altres compromisos com podia ser la percepció d'ajudes complementaries a la jubilació: STS, 12 de setembre de 1989, Ar 6436.

⁶⁷⁸ ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J, "Autonomía individual y colectiva en el sistema de fuentes del derecho de trabajo", op.cit, pàg. 22, en un mateix sentit: ESCUDERO RODRÍGUEZ, R, "El impacto de la reforma en el sistema de fuentes del derecho del Trabajo y los acuerdos de empresa", en D.A, "La reforma de la legislación laboral", op.cit, pàg. 246. RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F, "Nuevas relaciones entre Ley- Convenio", en D.A, "Reforma laboral y negociación colectiva", op.cit, pàg. 40.

⁶⁷⁹ STS, de 20 de març de 1996, Ar 2303. STS, 28 octubre de 1996, RJ 1996, 7799.

⁶⁸⁰ STS, 21 de gener de 1997, Ar 622. Fonament Jurídic sisè. SSTS, 28 de gener de 1997, Ar 907, 29 de gener de 1997, Ar 643, 14 febrer de 1997, Ar1349.

relacions entre elles. Després de la reforma continua en vigor el principi de jerarquia normativa, el principi de dret necessari i imperatiu, el principi de condició més beneficiosa i la impossibilitat de renunciar a drets recollits en normes de dret necessari. Per tant, tant la regulació introduïda per l'autonomia col·lectiva com la realitzada per l'autonomia individual han de respectar aquests principis.

En relació amb el sistema de fonts i les relacions que poden tenir entre elles, és curiós que malgrat que la reforma del 1994 va fomentar allò que coneguem com la “descentralització de la negociació col·lectiva” i va potenciar els acords d'empresa, aquests no són eludits en l'art 3 ET, malgrat la importància que poden tenir a l'hora de regular les relacions laborals dins de l'empresa i en la mesura que poden suposar una separació de la regulació convencional. No obstant això, malgrat que els acords d'empresa no són convenis col·lectius, són una manifestació de la negociació col·lectiva i per tant, també estant subjectes a aquelles limitacions imposades per la naturalesa de dret necessari mínim o imperatiu i també hauran de respectar els principis de condició més beneficiosa i la resta de principis reconeguts en l'art 3 ET.

Coherents amb aquests plantejaments i malgrat algunes resolucions judicials, entenc que la indemnització prevista en l'art 51 ET és dret necessari mínim relatiu i per tant, la negociació col·lectiva només podrà millorar la regulació legal. No és possible que un acord col·lectiu sobre la reorganització empresarial reculli una indemnització inferior a la legal, ni és possible que dispose d'ella negant als treballadors afectats per un expedient la seua percepció i en principi, no és possible sotmetre la seua percepció a condició.

Com veurem més endavant, l'extinció del contracte de treball suposarà una ruptura del nexa contractual amb l'empresa i aquella situació provocarà el naixement del dret a percebre la indemnització prevista en l'art 51.8 ET. A més, com reconeix l'art 3 ET no és possible disposar de drets reconeguts en normes de dret necessari mínim. Només quan la llei reconeix el caràcter dispositiu d'un dret, podrà intervenir en aquell sentit l'autonomia col·lectiva i la individual.

10.1) NATURALESA JURÍDICA DE LA INDEMNITZACIÓ PER ACOMIADAMENT COL·LECTIU:

Feta aquesta breu aproximació sobre el tema d'anàlisi, he de començar dient que la determinació de la naturalesa jurídica de la indemnització per acomiadament no ha estat un tema pacífic. Tradicionalment, la doctrina ⁶⁸¹i la jurisprudència⁶⁸², han

⁶⁸¹ ALBIOL MONTESINOS, I, “Extinción por causas tecnológicas o económicas y fuerza mayor”, en D.A, “Comentarios a las leyes laborales”, op.cit, pàg. 391 i 392: En base a la STS de 21 de gener de 1988, considera que la indemnització prevista legalment és dret necessari mínim i es possible la seua millora a través del pacte col·lectiu o individual. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F, “Los pactos de reorganización colectiva”, en D.A, “Manifestaciones de la autonomía colectiva en el ordenamiento español”, op.cit, pàg. 170 i següents. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, JJ, “Expedientes de regulación de empleo”, op.cit, pàg. 79. En contra: BLASCO SEGURA, B, “La extinción del contrato de trabajo por causas tecnológicas o económicas: El expediente de regulación de empleo”, op.cit, pàg. 585. L'acord pot incloure indemnitzacions diferents a la prevista en l'art 51.10 ET, perquè l'article no és dret imperatiu absolut. Aquesta opinió la fonamenta en la STS 12 de setembre de 1989. ÁLVAREZ DE LA ROSA, M, “Pactos indemnizatorios en la extinción del contrato de trabajo”. Madrid, Civitas, 1990. pàg. 60 i 61. Els pactes es poden recollir en el contracte inicialment, durant la seua vigència, per acord mutu entre les parts, per una decisió unilateral de l'empresari o poden ser fruit de la negociació col·lectiva. Però han de respectar els mínims de dret necessari mínim. En virtut d'aquests pactes, les indemnitzacions legals

considerat que la indemnització per acomiadament col·lectiu era dret necessari mínim, l'autonomia col·lectiva només podia complementar la regulació legal millorant aquella.

Es deia, que no era possible una regulació “in peius” per part de l'autonomia col·lectiva. Conseqüentment, ni un pacte col·lectiu subscrit durant les consultes ni un conveni col·lectiu podien disposar “in peius” d'aquell dret. Coherents amb aquests plantejaments, es deia que no era possible eliminar la indemnització mínima establerta legalment ni disminuir la seua quantia ni condicionar la seua percepció a una condició resolutòria o suspensiva.

Segons l'actual regulació jurídica dels acomiadaments col·lectius, hem de dir que aquells plantejaments doctrinals continuen tenint vigència. A reforma introduïda per la Llei 11/1994 reobrí de nou aquest debat. Des del meu punt de vista, les previsions recollides en el RD 43/1996 ens obliguen a descartar aquesta possibilitat i entendre que el pacte col·lectiu o individual només podrà millorar la regulació legal. Sembla lògica aquesta interpretació sobretot, perquè si el legislador hagués volgut permetre que el pacte col·lectiu o el conveni disposés in peius d'aquell dret, l'hagués dit expressament. No era ni és possible presumir aquesta possibilitat.

L'absència de criteris sobre aquestes qüestions a partir de la reforma del 1994 i l'existència d'algunes resolucions judicials⁶⁸³ que qüestionen la naturalesa de dret necessari mínim de les indemnitzacions per acomiadament col·lectiu i per tant, permeten rebaixar la quantia d'aquelles mitjançant les consultes de l'expedient, han servit d'argument a algun autor⁶⁸⁴ per a defensar aquella possibilitat.

En aquest sentit entén que la disminució de la seua quantia serà possible, excepte quan es realitze a causa de la coacció, dol o siga constitutiva d'un supòsit de frau de llei. “Per tant, la disminució o desaparició de la indemnització, només podrà ser impugnada quan sembla desproporcionada tenint en compte les circumstàncies objectives i subjectives del pacte de regulació d'ocupació”. La rebaixa o desaparició de la

cedeixen en benefici de les pactades, ja que la seua finalitat és incrementar els drets dels treballadors enfront del simple sistema legislatiu: STS, 18 juliol de 1987, Ar 4192. STS, 25 febrer de 1986, Ar 822.

⁶⁸² STS, 21 de gener de 1988, Ar 32: La indemnització fixada en l'art 51.10 ET és mínima i de dret necessari, per tant ni els treballadors ni els seus representants poden disposar d'ella, ni transgredir-la establint una indemnització inferior a la legal, perquè així ho exigeix la normativa imperativa que ho preveu. En un mateix sentit: STS, 7 abril de 1990, Ar 3133. Reconeix la naturalesa de dret necessari mínim de l'art 51.10 ET, però admet la possibilitat de millorar la indemnització mitjançant el pacte individual o col·lectiu. En un mateix sentit: STS, 19 de juny de 1986, Ar 3683, i STS, 12 de setembre de 1989, Ar 6436. STCT, 19 de novembre del 1983. Ar 9846. En contra: STS, 22 octubre de 1985, Ar 5690: El tribunal considera que l'acord en virtut del qual es fixa una indemnització inferior a la prevista legalment no infringeix un dret necessari, perquè no atenta contra cap dret fonamental. En aquesta ocasió, el tribunal fa una curiosa argumentació i en relació amb la naturalesa jurídica d'aquell dret estima que el dret necessari està constituït per un conjunt de drets impossibles de ser examinats de forma conjunta per la seua difícil catalogació apriorística. A més a més, el caràcter de dret necessari estricto depèn de la realitat social d'acord amb l'art 8.1 CC. STS, 12 de setembre de 1989, Ar 6336: El període de consultes va finalitzar amb un acord que va ser homologat. Per tan, no regeix la indemnització recollida en l'art 51.10 ET, sinó el règim acordat per les parts. Aquell article no configura normes imperatives absolutes extretes de la negociació, sinó que contempla la possibilitat de l'acord i per tant, el seu caràcter modificable.

⁶⁸³ STSJ de Madrid, de 6 de novembre de 1989, Ar 2310, i STSJ Comunitat Valenciana, de 15 octubre de 1991, Ar 5880.

⁶⁸⁴ GOERLICH PESET, JM, “El despido colectivo”, en D.A, “Comentarios a las leyes laborales”, op.cit, pàg. 153 i 154.

indemnització serà desproporcionada en atenció a les circumstàncies objectives del pacte, quan la reducció no estiga suficientment compensada amb altres mesures relacionades amb la regulació d'ocupació. Així doncs, aquesta serà desproporcionada en atenció a les circumstàncies subjectives del pacte, quan de forma arbitrària l'expedient afecte uns treballadors i altres no, i alguns treballadors milloren les seues indemnitzacions⁶⁸⁵.

Segons defenen algun autor⁶⁸⁶, una postura contrària fa perillar la possibilitat que els acords recullen aquests tipus de pacte, perquè si la reincorporació no exonera de l'obligació d'indemnitzar, sembla difícil que l'empresa es comprometa a complir amb les dues obligacions. A més, la línia de la STS, 21 de gener de 1997, guarda major coherència amb la finalitat del període de consultes, que no és altra que la recerca de solucions menys traumàtiques.

Certament, poden haver raons que justifiquen una disminució de la quantia de la indemnització per acomiadament col·lectiu sobretot, si tenim present que aquestes poden agreujar els problemes de viabilitat que amenacen l'empresa. Aquesta possibilitat l'hauríem de descartar si entenen que l'art 51.8 ET és dret necessari mínim⁶⁸⁷. Tanmateix, amb l'objectiu que el pagament de les indemnitzacions no implique un agreujament del desequilibri empresarial, les parts podran pactar un fraccionament de les indemnitzacions o un ajornament de l'obligació. Aquesta possibilitat no es troba reconeguda expressament pel legislador, el qual exigeix que l'empresari entregue la indemnització de forma simultània a l'acomiadament, art 14 del RD 43/1996. Però algunes resolucions s'inclinen per aquesta possibilitat⁶⁸⁸.

En qualsevol cas, la possibilitat de reduir la seua quantia o substituir la indemnització per altra obligació és una possibilitat que hem d'entendre contrària a l'ET. Aquella possibilitat estaria negada per la naturalesa jurídica de l'art 51.8 ET. Aquest precepte és dret necessari mínim⁶⁸⁹ i per tant, hem d'entendre que mitjançant les

⁶⁸⁵ GOERLICH PESET, JM, "El despido colectivo", en D.A., "comentarios a las leyes laborales", op.cit, pàg. 154. SERRANO GARCÍA, JM, "la indemnización por despido colectivo ¿derecho necesario o dispositivo?", op.cit, pàg. 549

⁶⁸⁶ NORES TORRES, L.E, "El período de consultas en la reorganización productiva empresarial", op.cit, pàg. 285

⁶⁸⁷ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I, "Procedimientos de regulación de empleo", en "Reforma de la legislación laboral", op.cit, pàg. 400. Considera que la indemnització per acomiadament col·lectiu és dret necessari mínim i mitjançant el pacte no es pot disminuir la quantia. Com bé diu, poden haver raons que justifiquen el fet que es pacten indemnitzacions inferiors a les legals, perquè poden existir problemes per satisfer les indemnitzacions amb quanties elevades. Però això es fa a costa d'una indemnització inferior per a aquells que es veuen separats de forma irreversible de l'empresa. Per tant, no hi ha raons per a considerar dispositiu allò que no es presenta clarament com a tal. En un sentit similar: ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J, "Acuerdos entre empresario y trabajadores en materia de despidos colectivos", op.cit, pàg. 539.

⁶⁸⁸ STSJ Madrid, 10 abril de 1995. Ar 1656. STSJ Madrid, 13 de març de 1996. Ar 3193. STSJ de Madrid, 30 octubre de 1997. Ar 3754. En aquesta darrera resolució judicial, el Tribunal raona que negociar amb l'empresa un pagament ajornat de la indemnització, és una actuació correcta i perfectament ajustada al dret, perquè no és un dret indisponible el fet que negocien la forma en què haurà d'abonar-se aquella i a més en cap moment han alterat la seua quantia.

⁶⁸⁹ ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J, "Acuerdos entre empresario y trabajador en materia de despidos colectivos", op.cit, pàg. 539. Considera la indemnització dret necessari mínim i mitjançant l'acord no podran introduir una regulació "in peius". En un mateix sentit: GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I, "Procedimientos de regulación de empleo", en D.A., "La reforma de la legislación laboral", op.cit, pàg. 400. ALONSO OLEA, M, CASAS BAAMONDE, M^aE, "Derecho del Trabajo", op.cit, pàg. 427.

negociacions amb els representants dels treballadors no es podrà establir una quantia inferior ni disposar d'aquesta "in peius". Senzillament, perquè la negociació col·lectiva i en aquest cas concret l'acord d'empresa, no podrà disposar d'aquells drets reconeguts com a indisponibles per la llei⁶⁹⁰. A més, hem de tenir en compte que l'art 14 del RD 43/1996 només permet que l'autonomia individual o col·lectiva recullen una quantia superior no inferior.

Realment, la redacció de l'art 51.8 ET i de l'art 14 de la norma de desenvolupament és clara. El precepte preveu "que els treballadors tindran dret a una indemnització", si haguera volgut permetre a l'autonomia col·lectiva la possibilitat de disposar de la indemnització haguera dit "podran tenir dret a una indemnització" o haguera utilitzat altra expressió similar⁶⁹¹. I principalment, si el legislador hagués volgut permetre a l'autonomia col·lectiva disposar d'aquell dret l'hagués facultada expressament.

En aquest sentit, entenc que si no hi ha una menció expressa del legislador, ni el conveni ni l'acord d'empresa podran disposar d'una norma de dret necessari⁶⁹². Hem d'entendre que malgrat que el legislador permet la intervenció de l'autonomia col·lectiva sobre aquest terreny, la remissió i la regulació d'aquesta no és il·limitada. La

VALDÉS DAL-RÉ, F, "La reforma del mercado laboral", op.cit, pàg. 427. SERRANO GARCÍA, JM^a, "El régimen jurídico del plan social", op.cit, pàg. 212. La indemnització econòmica mínima prevista en l'art 51.8 ET és dret necessari, però només en la seua quantia no en la seua forma. Dóna a entendre que la indemnització pot ser substituïda per altra mesura equivalent. En un sentit similar: RODRÍGUEZ RAMOS, MJ, "El procedimiento", en D.A: El despido: análisis y aplicación práctica", op.cit, pàg. 537. RAMOS QUINTANA, MI, "La garantía de los derechos de los trabajadores", Valladolid, lex nova, 2002. Pàg. 120 i 121. Diferència entre l'obligació d'indemnitzar i la quantia d'aquesta. Respecte a la primera obligació considera que és dret imperatiu, és doncs, un dret no disponible dels treballadors. I en relació amb la seua quantia, considera que és dret necessari mínim relatiu, en la mesura que pot ser objecte d'un pacte de millora.

⁶⁹⁰ STSJ, Castella i Lleó, 10 octubre de 1995, Ar 3753. Els representants poden celebrar pactes col·lectius, però de cap forma poden disposar de la indemnització mínima. A més, no cap al·legar que la indemnització mínima només és aplicable per a expedients pactats, ja que aquesta interpretació és contrària a l'ET. STSJ de Madrid, 26 octubre de 2004, AS 2004/3152. També considera la indemnització com a dret necessari mínim indisponible, que només admet pacte o acord més favorable. STSJ de Madrid, 30 octubre de 1997, AS 1997/3754. Considera que al marge de la quantia de la indemnització mínima, que pot ser millorada, aquesta és un dret indisponible. No obstant això, matisa aquest argument en afirmar que els representants dels treballadors poden ajornar el seu pagament, perquè no resulta ser un dret indisponible el fet de negociar la forma en què s'ha d'abonar la indemnització, i més encara quan no han rebaixat la seua quantia. Per la seua part, els tribunals accepten la disponibilitat de la indemnització establerta en els art 51.8 ET, en els casos d'acceptació voluntària d'un pla de jubilació amb anterioritat a l'autorització administrativa: STSJ Galícia, 26 abril de 2004. AS 2004/3077.

⁶⁹¹ CAVAS MARTÍNEZ, F, "Extinción del contrato de trabajo", Aranzadi Social, 1999, juny, n°11, pàg. 26. Estima que la quantia de la indemnització és dret mínim indisponible. Els pactes individuals o col·lectius no poden introduir una regulació pitjor. Com és dret necessari mínim cap regulació pot empitjorar la regulació legal, no estaria justificada ni al·legant una dolenta situació de l'empresa. Cap acord podrà disposar de la quantia mínima.

⁶⁹² STS 14 de maig de 1996, Ar 4396, STS, 19 de juny 1995, RJ 1995, 5203. Certament els convenis col·lectius poden modificar les normes legals, sempre que el seu contingut no siga dret necessari. Precisament la Llei 11/1994 ofereix exemples de retrocés de la norma estatal a favor de la convencional amb la finalitat de fer més ric el seu contingut. Però perquè la norma convencional substituïesca la legal, cal que aquella de forma inequívoca així ho dispose. La STC 210/1990, 20 desembre, reconeixia que els convenis col·lectius i no només els contractes havien de respectar necessàriament els límits legals, en les condicions establertes per la pròpia Llei. La Llei ocupa una superior posició que el conveni col·lectiu. Una circumstància que l'obliga a respectar allò establert amb caràcter necessari per aquell. STC 58/1985. STC 117/1988. STC 117/1989.

intervenció de la negociació col·lectiva sobre aquesta qüestió estarà condicionada per la relació fixada per la norma legal: complementarietat, supletorietat o suplementarietat. En aquest sentit, l'art 51.8 ET preveu una regulació mínima que pot ser millorada per l'acord col·lectiu o pel conveni. De tal forma, que l'art 51.8 ET es torna inderogable només "in peius" i impedeix que mitjançant un pacte col·lectiu puguem introduir una regulació menys beneficiosa per als treballadors⁶⁹³.

Seguint amb aquestes idees, la relació fixada entre la norma legal, art 51.8 ET, i la negociació col·lectiva condicionarà el contingut del futur acord. En aquest sentit, el legislador preveu que davant determinades circumstàncies que generen l'extinció del contracte de treball, l'empresa estarà obligada a satisfer una indemnització amb una quantia mínima determinada. Des del meu entendre, aquesta obligació d'indemnitzar l'acomiadament no podrà ser substituïda per altra obligació similar. Podríem dir que l'obligació d'indemnitzar és dret imperatiu i la quantia dret necessari mínim⁶⁹⁴.

Aquesta interpretació impediria que mitjançant l'acord col·lectiu, les parts pogueren substituir aquella obligació per altra similar o equivalent, com pot ser la incorporació del treballador en altre centre a canvi d'eliminar la indemnització mínima. Des del meu punt de vista, la ruptura del contracte de treball generà aquella obligació i no altra. De tal forma, que l'obligació d'indemnitzar es configura com un aspecte sobre el qual, l'autonomia col·lectiva no podria intervenir. Per les mateixes raons, la indemnització mínima no podrà ser reduïda o condicionada. Malgrat aquestes limitacions, els representants dels treballadors mitjançant les negociacions i tenint present les circumstàncies de l'empresa, podran acordar una regulació que millori els mínims legals i tractar de compensar els perjudicis que l'expedient de regulació d'ocupació causarà en el treballadors. En qualsevol cas, aquestes interpretacions no són compartides per tota la doctrina⁶⁹⁵ ni pel TS.

Per concloure, una vegada hem admès la possibilitat de millorar la indemnització fixada a l'art 51.8 ET, és important assenyalar que aquella possibilitat no permetrà fixar unes indemnitzacions superiors per a uns treballador i per a altres no, al menys quan aquell tracte diferent no es trobe justificat i motivat en una causa justa, perquè del contrari aquell tracte diferent podria ser contrari al principi d'igualtat. És a dir, si els treballadors afectats per l'expedient extingeixen els seus contractes de treball per les mateixes causes, les conseqüències de les extincions hauran de ser les mateixes per a tots⁶⁹⁶.

⁶⁹³ STSJ de Madrid, 30 octubre de 1997. AS 1997/3754. Els pactes subscrits entre els representants dels treballadors i l'empresa han de respectar les normes de dret necessari mínim establertes en la legislació laboral. D'aquestes normes es desprèn la necessitat de percebre necessàriament la indemnització fixada en la Llei. STSJ de Madrid, 26 octubre de 2004. AS 2004/3152.

⁶⁹⁴ En contra: STSJ, Castella i Lleó, 30 abril de 1996, Ar 1996. En relació amb el cas Enatcar, el Tribunal reconeix que els acords no poden negar la indemnització mínima legal, però entén que aquella doctrina no és aplicable al cas concret. Allò que compensa la indemnització és el perjudici ocasionat al treballador per la perduda del lloc de treball, però en aquest cas el treballador no ha patit cap perjudici perquè no ha perdut el seu lloc de treball en la mesura que s'ha reincorporat en Renfe. El Tribunal va més enllà i nega l'existència de l'acomiadament, perquè entén que existeix una successió de contractes entre una empresa i altra, amb la qual cosa no està justificada la indemnització.

⁶⁹⁵ En contra: GOERLICH PESET, JM, "El despido colectivo", en DA, "Comentarios a las leyes laborales", op.cit, pàg. 154.

⁶⁹⁶ STSJ de Catalunya, 4 setembre de 1996. Ar 3627. STSJ Madrid, 25 abril de 1996, Ar 2033. En relació amb un acord que fixava indemnitzacions diferents, depenent si els treballadors s'havien oposat a l'expedient o no, el Tribunal estima que aquella circumstància és irrellevant. Les condicions de les

10.2) LA INTERPRETACIÓ DEL TRIBUNAL SUPREM I DEL CONSTITUCIONAL EN RELACIÓ SOBRE LA NATURALESA JUÍDICA DE LA INDEMNITZACIÓ: ENATCAR.

Dit açò, hem de reconèixer que la postura del TS discrepa del plantejament anterior. Aquest òrgan ha tingut ocasió de pronunciar-se en diverses ocasions i mitjançant unes resolucions un tant contradictòries, on es posa de manifest les discrepàncies del mateix TS sobre aquestes qüestions, ha estimat que la indemnització per acomiadament és un dret dispositiu. Per arribar a aquesta conclusió, el TS utilitza dos arguments: en primer lloc, estima que el pacte més beneficiós per al treballador s'imposa a la indemnització mínima legal⁶⁹⁷. I en segon lloc, estima que l'art 51.8 ET no configura normes de dret necessari absolut, sinó que contempla la possibilitat del pacte i per tant, el seu caràcter modificable. En conclusió, com reconeix el seu caràcter modificable a través de l'acord, hem d'entendre que aquell dret és dispositiu.

Els pronunciaments del TS tenen el seu origen en el conflicte plantejat entre alguns treballadors afectats per un expedient de regulació d'ocupació i l'empresa Enatcar. Les discrepàncies entre les parts, que arribaren fins als nostres òrgans judicials, feien referència al contingut de l'acord subscrit durant les consultes que preveia la indemnització per acomiadament col·lectiu. En ell les parts acordaren que inicialment els treballadors rebrien una indemnització de 42 dies de salari, però la recepció de la indemnització estava subjecta a una condició resolutòria en virtut de la qual, el treballador no havia de reincorporar-se en Renfe. De tal forma, que si l'ingrés en aquella empresa es complia, s'entenia realitzada la condició i havia de tornar part de la indemnització.

En l'acord, clarament es podien diferenciar tres situacions sobre el règim indemnitzador: en primer lloc, es deia que els treballadors cessats en Enatcar que no tornaren a Renfe, rebrien una indemnització de 45 dies. En segon lloc, l'acord preveia que aquells que s'incorporaren de nou en Renfe, sense reconeixement d'antiguitat, es quedarien només amb una indemnització de 20 dies de salari, perquè haurien de tornar la resta de la indemnització. I en darrer lloc, aquells que ingressen de nou en Renfe amb reconeixement d'antiguitat, no tindrien dret a cap indemnització.

Com ens podem imaginar, de les diferents clàusules que recollia l'acord, aquella que planteja majors problemes de legalitat és la darrera, per negar qualsevol indemnització als treballadors afectats per l'expedient, la qual cosa vulnera les normes de dret necessari mínim.

extincions produïdes per l'expedient han de ser generalitzades per a tots els treballadors afectats. Els pactes col·lectius permeten fixar indemnitzacions superiors, però sempre aplicant les mateixes condicions en la negociació a no ser que existesca causa justificada. Altra cosa seria contrària al principi d'igualtat. No és per tant, un criteri just per a calcular la indemnització la posició dels treballadors davant l'expedient.

⁶⁹⁷ STS, 21 de gener de 1997, Ar 622. I SSTS, 19 de juny de 1986, RJ 1986/3683. 21 de gener de 1988, RJ 1988/32. 12 de setembre de 1989. RJ 1989/6436.

Plantejada la qüestió en aquests termes, el TS en un primer moment⁶⁹⁸ i seguint la línia recollida en diferents sentències⁶⁹⁹, reconeix la vàlida parcial de l'acord⁷⁰⁰. En aquesta ocasió, l'òrgan judicial parteix de la següent premissa: la indemnització recollida en l'art 51.8 ET és dret necessari. Aquest punt de partida condicionarà tota l'argumentació del TS. Seguint aquella idea, el Tribunal estima que la naturalesa jurídica de l'art 51.8 ET impedeix que l'acord subscrit durant les consultes fixe indemnitzacions que no arriben al mínim legal o que autoritzen els acomiadaments sense preveure cap compensació econòmica.

Com raona l'òrgan judicial⁷⁰¹, aquesta és una indemnització imposada i taxada per la llei. És suficient que es donen les circumstàncies previstes legalment perquè aquesta dega ser satisfeta. Conseqüentment, el treballador acomiadat ha de rebre necessàriament i com a mínim aquella quantia, sense que siga possible eliminar-la mitjançant el pacte, ni substituir-la per altra compensació⁷⁰². Si anem un poc més enllà, cal dir que el legislador fixa aquesta obligació amb una naturalesa simple i incondicionada, per tant no són vàlids els acords col·lectius que mitjançant una condició resolutòria o suspensiva condicionen la percepció de la indemnització mínima legal. Aquests acords lògicament serien nuls, per disposar d'un dret reconegut en una norma de dret necessari mínim.

Tant és així, que entén el Tribunal⁷⁰³ que fer dependre la percepció de la indemnització mínima d'una condició resolutòria que limita les possibilitats professionals del treballador, en concret, la possibilitat d'incorporar-se de nou en altra empresa, vulneraria el dret al treball reconegut en la CE⁷⁰⁴. A més, l'òrgan judicial

⁶⁹⁸ STS, 20 de març de 1996. Ar 2303. Davant la contradicció existent entre la sentència del TSJ de Madrid, de 19 de juny de 1995, i la STSJ de Castella i Lleó, de 28 de juny de 1994, l'empresa Enatcar va interposar recurs per a la cassació de doctrina. En la sentència del TSJ de Madrid desestimaren la demanda de l'empresa i entengueren que la indemnització és un dret indisponible. En canvi, la STSJ de Castella i Lleó parteix d'uns plantejaments totalment diferents. Finalment, el TS estima el recurs plantejat per l'empresa i estima parcialment la demanda plantejada per Enatcar. A la mateixa conclusió arriba el Tribunal en: STS, 28 octubre de 1996, Ar 3133.

⁶⁹⁹ STS, 21 de gener de 1988, Ar 32, i STS, 7 abril de 1990, Ar 3133.

⁷⁰⁰ STS, 20 de març de 1996. Ar 2303. En paraules del TS, la condició resolutòria mancarà d'efectivitat i serà il·lícita, quan afecte la part de la indemnització que és equivalent a l'import de vint dies de salari per any de servei. Però en canvi, aquella condició serà vàlida i produirà efectes quan afecte la porció d'aquelles indemnitzacions que excedeixen dels límits.

⁷⁰¹ Vot particular. Fonament quart. STS 21 de gener de 1997. Ar 622.

⁷⁰² Vot particular. Fonament setè. STS, 21 de gener de 1997. Ar 622. En relació amb la possibilitat de substituir la indemnització per altra compensació, com pot ser la reincorporació del treballador dins de l'empresa, el Tribunal estima que en l'acord signat amb Enatcar, la indemnització no ha estat compensada per cap benefici o avantatja. Allò que han fet és disposar la perduda de la compensació econòmica, quan s'ha complit la condició resolutòria. A més, suposant que fos vàlida aquella compensació, la prestació que substitueix la indemnització huria de ser realitzada per la mateixa empresa que ha d'abonar la indemnització. De tal forma, que no es podria donar valor a les concessions realitzades per altra empresa.

⁷⁰³ Vot particular. Fonament sisè i setè. STS, 21 de gener de 1997, Ar 622. Aquests magistrats entenen que malgrat les relacions entre les dues empreses, aquestes són empreses diferents i no és possible que l'expedient de regulació d'ocupació que afecta una d'elles, elimine la indemnització, si el treballador s'incorpora en l'altra empresa. Raonen els magistrats que el treball en altra empresa és un fet independent del dret a cobrar una indemnització.

⁷⁰⁴ VALDÉS DAL-RÉ, "El carácter imperativo de la indemnización legal por despido colectivo (II)", RL I, 2004, pàg. 48. Considera que la decisió de l'acord col·lectiu de no condicionar la devolució de la indemnització a un termini raonable i objectivament determinat, mereix la qualificació d'abús de dret, més encara si tenim en compte que aquella obligació operava per qualsevol causa i al marge i independentment de les mesures adoptades per l'empresa Enatcar.

estima que els treballadors afectats per un expedient tenen dret a tornar a treballar en altra empresa, sense que aquest fet pugui condicionar, afectar o limitar la indemnització legal.

Ara bé, els plantejaments són diferents quan parlem d'aquelles indemnitzacions acordades durant les negociacions de l'expedient i que superen els mínims legals. Aquestes quanties que milloren el contingut de l'art 51.8 ET no tenen el seu origen en disposicions legals de dret necessari mínim, sinó en la lliure voluntat de les parts negociadores. Aquestes lliurement podran pactar indemnitzacions superiors i per les mateixes raons podran condicionar o suspendre la seua percepció pels motius, condicions o supòsits acordats per elles durant les consultes, sempre que aquestes condicions es fonamenten en motius lícits. En definitiva, en aquest supòsit les parts sí que podran disposar vàlidament d'aquestes quanties.

El canvi de doctrina es produeix a partir de la STS, de 21 de març de 1997⁷⁰⁵. També en aquesta ocasió el Tribunal es pronuncia sobre el mateix acord analitzat, però en aquesta ocasió estima el recurs de l'empresa i casa i anul·la la sentència del TSJ de Madrid i estima íntegrament les pretensions d'Enatcar. L'òrgan arriba a aquesta conclusió perquè el punt de partida adoptat en aquesta sentència és totalment diferent al de la sentència de l'any 1996. A diferència del que havia defès l'any 1996, en aquesta ocasió el Tribunal entén que la indemnització fixada en l'art 51.8 ET no és dret necessari absolut, aquesta pot ser negociada amb els representants dels treballadors i com la norma reconeix la possibilitat de l'acord, permet el seu caràcter modificable.

El Tribunal entén que estem davant un dret de caràcter dispositiu⁷⁰⁶. Aquesta naturalesa del dret permetria a les parts disposar d'ell i substituir la indemnització per altra obligació recollida en el pacte, com pot ser la reincorporació del treballador⁷⁰⁷. El tribunal entén que globalment aquesta clàusula és més beneficiosa que la indemnització perquè conserva l'existència del contracte de treball. Per tant, el pacte més beneficiós per al treballador s'imposa a la indemnització⁷⁰⁸.

Aquest plantejament i la línia doctrinal oberta a partir d'aquesta sentència és com a mínim discutible. Tant és així que la sentència en qüestió compta amb un important vot particular subscrit per quatre magistrats que discrepen d'aquesta interpretació i s'adhereixen a la doctrina recollida en la STS, de 20 de març de 1996⁷⁰⁹.

⁷⁰⁵ Ar 622.

⁷⁰⁶ VALDÉS DAL-RÉ, F, "El carácter imperativo de la indemnización legal por despido colectivo (I)", RL I, 2004, pàg 42. Qüestiona la construcció argumental del TS. Certament, l'art 1255 que consagra el principi de llibertat contractual permet la modificació a través de la voluntat de les parts de la regulació legal. Però deduir d'això que l'art 51.10 ET és un dret dispositiu suposa passar per alt les regles que regulen el sistema normatiu laboral, és a dir, les regles que ordenen l'estructura jurídica de les normes laborals, així com les relacions entre la llei i l'autonomia col·lectiva. L'atribució de la naturalesa dispositiva a l'art 51.10 ET precisa alguna cosa més que la simple invocació de l'art 1255 CC.

⁷⁰⁷ RAMOS QUINTANA, MI, "La garantía de los derechos de los trabajadores", op.cit, pàg. 133. Considera que el pacte fingeix sobre l'extinció inicial contractual sotmesa a condició resolutòria perquè preveu conseqüències on s'ignora l'extinció pròpiament entesa. Això fa que pensem que mitjançant l'acord s'està produint una renúncia no només de la indemnització, sinó a més de l'extinció. Conseqüentment, no hi ha cap raó que done validesa al compromís de tornar la indemnització legal a la primera empresa amb el pretext del reconeixement de l'antiguitat per la segona. Si existeix extinció no podem ignorar l'obligació d'indemnitzar.

⁷⁰⁸ STS, 26 de febrer de 1997, Ar 1889.

⁷⁰⁹ Ar 2003.

Allò més discutible de l'argumentació realitzada pel TS és precisament que aquest a l'hora de valorar la validesa o no de l'acord, no té en compte la naturalesa jurídica de l'art 51.8 ET ni les relacions que manté la norma legal respecte a l'autonomia col·lectiva. El tribunal ignora les evidents limitacions que la llei imposa a la negociació col·lectiva sobre aquest terreny. En definitiva, a l'hora de valorar la validesa de l'acord, el TS prima bàsicament l'eficàcia i força vinculant que té el contingut del pacte, però sense analitzar si aquest contingut respecta els límits imposats per la norma legal.

Tractaré d'explicar millor aquest argument. En primer lloc, el TS qualifica l'acord sobre la reorganització empresarial subscrit entre Enatcar i els representants dels treballadors com un conveni impropí. Sobre ell diu, que és una manifestació de la negociació col·lectiva. És un acord sense eficàcia normativa. No crea dret objectiu però té eficàcia contractual. Segons el TS, estem davant un contracte de naturalesa col·lectiva negociat amb aquells que compten amb la legitimitat necessària per a fer-ho. Per tant, si no respectem el seu contingut ens separaríem tant de l'autonomia col·lectiva com de la individual. És per això que l'òrgan judicial⁷¹⁰ entén que l'assumpció de l'acord col·lectiu no permet acceptar alguns aspectes del pacte i altres no. Això seria contrari a la força obligatòria general del resultat de la negociació col·lectiva.

No obstant això, i malgrat les discrepàncies que poden existir pel que fa a la naturalesa jurídica de l'acord d'empresa, el tribunal a l'hora d'analitzar el pacte ignora les relacions entre la norma legal i l'autonomia col·lectiva i fins on pot arribar la negociació col·lectiva a l'hora de regular una matèria. No oblidem que al marge de la naturalesa jurídica de l'acord, tot pacte col·lectiu ha de respectar la regulació legal. És més, el seu contingut està condicionat per les disposicions de dret necessari i imperatiu i per la relació establerta entre la norma legal i l'autonomia col·lectiva, art 3.3 ET⁷¹¹. Així doncs, sembla lògic que l'òrgan judicial a l'hora de valorar la validesa del pacte entre a valorar el seu contingut a efectes de poder determinar si és nul per haver-se extralimitat en les seues possibilitats i haver vulnerat normes de dret necessari.

En aquest sentit, del tenor literal de l'art 51.8 ET es desprèn que l'obligació d'indemnitzar, contràriament a allò que diu el TS, és una obligació que es configura com a dret imperatiu, aquesta esdevé un dret indisponible per a l'autonomia col·lectiva. Aquest plantejament ens permet afirmar que a través de les negociacions amb els representants dels treballadors no es podrà modificar o alterar aquella obligació⁷¹².

⁷¹⁰ STS, 28 gener de 1997, Ar 907.

⁷¹¹ STC 58/1985, 30 d'abril. STS, 24 juny de 1994, Ar 5479. STS, 12 de maig de 1998, Ar 4332. STS, 16 de juny de 1998, en relació amb els convenis diu que la seua integració en el sistema de fonts suposa el respecte per la norma pactada del dret necessari establert per la llei. Aquesta darrera, en virtut de la superior posició que ocupa en la jerarquia normativa, pot limitar la negociació col·lectiva i pot de forma excepcional, reservar-se per a ella matèries que queden excloses de la negociació col·lectiva. Quan analitzem la sistemàtica de les diverses modalitats de relacions entre la llei i el conveni, dominen en l'activitat legislativa el model de coincidència de la llei i la negociació col·lectiva sobre una mateixa matèria. La llei fixa les condicions mínimes i atribueix en aquest model de regulació compartida la missió de suplementar els continguts fixats per Llei. D'aquesta forma, el conveni es converteix en un conveni de millora. Per la seua part, la STS, 17 de juliol de 2000, Ar 7411. STS, 9 de març de 1992, RJ 1992 1625. STS, 29 abril de 1993, RJ 1993 3381, estableix que l'obligació de respecte de la norma convencional respecte a la legal no afecta tota classe de disposicions legals, només es refereix a les disposicions de dret necessari.

⁷¹² STS, 4 de maig de 1994, Ar 7725. La norma pactada tindrà primacia sobre la legal quan no vulnere normes estatals de dret necessari, ni perjudique els mínims de dret necessari. La jurisprudència ha mantingut la primacia de la Llei en aquells extrems que tenen caràcter inderogable, inalterable i

Aquesta limitació és imposada per la mateixa naturalesa jurídica d'aquella obligació i a més, podríem dir que entre la norma legal i l'autonomia col·lectiva existeix una relació d'exclusió sobre aquest aspecte.

En canvi, la seua quantia, com ja hem dit, és dret necessari mínim relatiu. Aquest aspecte es configura com un espai on pot confluïr la regulació legal i la introduïda per la negociació col·lectiva, però respectant sempre els límits i les condicions que possibiliten aquella regulació. En aquest sentit, l'art 51.8 ET manté respecte a l'autonomia col·lectiva una relació de complementarietat perquè el pacte col·lectiu podrà millorar la regulació legal, però no empitjorar-la. La norma esdevé indisponible per a la negociació col·lectiva però només "in peius".

En definitiva, en reconèixer la validesa a aquest acord col·lectiu sense analitzar el seu contingut, el TS ha imposat l'autonomia col·lectiva per damunt de la norma legal i no té en compte el principi de jerarquia normativa i el respecte entre les normes. És més, ha autoritzat un pacte que sobrepassa els límits imposats per la llei a l'autonomia col·lectiva, art 3.3 ET i que no respecta les disposicions legals. Recordem que el TC ha considerat que "entre la llei i el conveni existeix una estricta relació de jerarquia. Així doncs, el dret a la negociació col·lectiva es troba subjecte als límits de dret necessari establerts pel legislador"⁷¹³,

10.2.1) LA INDEMNITZACIÓ DE L'ART 51.8 ET I LA VALORACIÓ DEL TC:

Els treballadors afectats per aquell acord col·lectiu que regulava el règim de la indemnització en cas d'acomiadament col·lectiu interposaren recurs d'emparament contra algunes d'aquelles sentències del TS⁷¹⁴, i aquests donaren lloc a quatre sentències del TC. En totes elles l'òrgan judicial desestima el recurs i no entra a analitzar la qüestió de fons que no és altra que determinar si la indemnització de l'art 51.8 ET és de naturalesa "ius cogens" o és un dret dispositiu⁷¹⁵.

Els recurrents al·legaven bàsicament vulneració del dret al treball, art 35 CE i del principi d'igualtat en l'aplicació de la Llei. Els treballadors entenen que l'existència d'una condició com aquella no sotmesa a terminis, generava una carrega indefinida per als treballadors perquè durant tota la seua vida laboral havien d'estar sotmesos per aquella clàusula en virtut de la qual si ingressaven de nou en Renfe havien de tornar tota o part de la indemnització, per això consideraven que aquesta clàusula lesionava el dret al treball, art 35 CE. En segon lloc, al·legaven un tracte diferent respecte a altres treballadors que havien rebut íntegrament tota la indemnització. Segons els recurrents aquests fets posaven en relleu una desigualtat en l'aplicació de la llei.

indisponible. A més, en base al principi de legalitat, art 9 CE, les normes promulgades per l'Estat amb caràcter de dret necessari penetren per imperi de la Llei en la norma pactada.

⁷¹³ STC 210/1990, 20 de desembre, i STC 58/1985. 30 abril.

⁷¹⁴ El primer recurs d'emparament es va interposar contra la STS, de 20 de març de 1996, Ar 2303 i va donar lloc a la STC 99/2001, 23 abril. El segon es va interposar contra la STS. 21 gener 1997, Ar 622 i va donar lloc a la STC 100/2001, 23 abril. El tercer es va interposar contra la STS, 28 gener de 1997, Ar 907 i va donar lloc a la STC 117/2001, 21 de març. El darrer recurs es va interposar contra la STS, 20 febrer de 1997, Ar 1889 i va donar lloc a la STC 137/2001.

⁷¹⁵ STC, 99/2001, 23 abril. Fonament jurídic 2. Determinar la naturalesa de ius cogens o de dret dispositiu de la indemnització és un dubte interpretatiu que ens permet apreciar que la seua resolució, és a dir, determinar si és una previsió de dret necessari, és una qüestió aliena a la jurisdicció d'emparament, el seu coneixement correspon als tribunals i jutges integrants del Poder Judicial.

En la primera sentència del TC: la sentència 210/1999, l'òrgan judicial valora l'adequació constitucional de la valoració realitzada sobre aquell acord en la STS de 20 de març de 1996. El TC⁷¹⁶, igual que en algunes sentències del TS⁷¹⁷, no entra a valorar el contingut de l'acord col·lectiu, ni si l'autonomia col·lectiva s'ha extralimitat regulant aquestes qüestions i ha vulnerat una norma de dret necessari. El TC deixa sense resoldre un dels temes més importants plantejades en el recurs i que ajudarien a valorar la naturalesa jurídica de l'art 51.8 ET, perquè no és pronuncia sobre si alguna de les clàusules d'aquell acord podia ser qualificada com a nul·la per disposar d'un dret reconegut en una norma de dret necessari. El TC no ho fa per entendre que determinar si estem davant una previsió de dret necessari o no, és una qüestió que no els correspon determinar a ells mitjançant el recurs d'emparament.

El TC manté des de temps enrera⁷¹⁸ que no li correspon a ell formular una teoria general sobre l'extensió i límits de la negociació col·lectiva. Aquesta feina ha de ser realitzada per la doctrina i la jurisprudència laboral tenint en compte els canvis i vicissituds de la legalitat ordinària. No obstant això, el TC dóna a entendre que la il·legalitat de l'acord es pot donar quan aquest afecte la indemnització establerta en l'ET. Ara bé, la il·legalitat es predicarà de l'acord, però no de la condició indeterminada⁷¹⁹. Per tant, confirma la tesis recollida en la STS, 20 de març del 1996.

En la resta de sentències del TC: 100/2001, 117/2001, 137/2001 el Tribunal analitza bàsicament el canvi d'orientació realitzat pel TS a partir de la sentència de 21 de gener de 1997. Un canvi que considera justificat a partir del contingut de l'acord i a partir de la naturalesa jurídica d'aquell pacte com expressió de l'autonomia col·lectiva. Així doncs, assumeix els arguments del TS i tenint present que l'acord és una manifestació de l'autonomia col·lectiva el considera vàlid. Tanmateix, si l'acord s'ajusta o no al dret i si respecta les disposicions de dret necessari mínim és una qüestió que correspon determinar a la legalitat ordinària.

10.3. UNA EXCEPCIÓ A LA REGA GENERAL RECOLLIDA EN L'ART 51.8 ET: ELS PREJUBILATS.

Com hem vist fins ara, tradicionalment els òrgans judicials i la doctrina científica han considerat que la indemnització prevista en l'art 51.8 ET en relació amb la seua quantia era dret necessari mínim relatiu i pel que fa a l'obligació d'indemnitzar

⁷¹⁶ STC, 210/1999, 20 desembre.

⁷¹⁷ En la STS, de 21 gener del 1997, Ar 622 STS, 28 gener de 1997, Ar 907, STS, 29 gener de 1997, Ar 643, STS, 14 de febrer de 1997, Ar 1349, STS, 26 febrer 1997, Ar 1889. El tribunal no analitza el contingut de l'acord, el mateix TS diu que no interpretem cap excedència, interpretem el pacte.

⁷¹⁸ STC, 58/1985, 30 abril. Fonament jurídic 5. En la STC 210/1990, 20 desembre. El Tribunal considera que ha de prescindir del complex anàlisi sobre la situació legal, doctrinal i judicial respecte a la problemàtica general de les possibles interrelacions entre la llei i el conveni. El Tribunal ha de limitar-se a verificar la compatibilitat del precepte qüestionat amb determinats preceptes constitucionals. ALARCÓN CARACUEL, MR, "Las relaciones Ley-Convenio Colectivo", en D.A., "Las reformas laborales de 1994 y 1997", op.cit, pàg. 19. L'art 37.1 CE reconeix el dret a la negociació col·lectiva, però la CE estima que ha de ser el legislador ordinari qui regule els límits de l'autonomia col·lectiva i confereix al poder legislatiu la competència per a assenyalar el camp de joc del poder normatiu emanat dels agents socials. Això implica establir regles que regiran les relacions entre els dos poders normatius.

⁷¹⁹ STC, 210/1999. Fonament jurídic 5. La falta de limitació temporal de l'estat d'incertesa que comporta la subjecció d'un pacte a condició resolutòria no només resulta una situació possible, a més és en moltes ocasions la situació comú en la concreció de l'institut condicional.

aquesta era dret imperatiu. No obstant això, possiblement el TS mitjançant dues línies interpretatives ha qüestionat la naturalesa jurídica de la indemnització per acomiadament col·lectiu i ha relativitzat la naturalesa jurídica de l'art 51.8 ET. De tal forma que poc a poc ha atenuat o suavitzat el seu caràcter imperatiu.

Tal vegada, els canvis introduïts per la Llei 11/1994 sobre el període de consultes expliquen la posició del TS respecte a aquesta problemàtica. Com s'ha posat de manifest en diverses ocasions, la reforma va voler ampliar els continguts del període de consultes, es pretenia evitar que aquestes quedaren reduïdes a temes econòmics. En aquest sentit, les parts havien d'esforçar-se per tal de negociar mesures laborals que atenuaren els efectes traumàtic de l'acomiadament.

Ara bé, el dubte pot sorgir si ens plantejem: ¿quin paper juga la quantia de la indemnització en relació amb les altres mesures que es poden negociar? És a dir, la pregunta seria la següent: l'empresari està obligat a satisfer la indemnització, art 51.8 ET, i alhora a negociar altres mesures laborals? O en canvi allò que pretén el legislador és que el treballador obtinga el major benefici sense que importe la quantia econòmica de la indemnització? És a dir, el pacte més beneficiós s'imposa a la indemnització legal. Aquesta sembla que és la línia que ha seguit el TS en alguns supòsits molt concrets.

Després d'una breu reflexió sobre aquesta matèria, ens adonem que amb el temps els límits i les fronteres entre la negociació col·lectiva i la llei en relació amb la indemnització prevista en l'art 51.8 ET s'han diluït. A més, les darreres interpretacions sobre aquestes qüestions realitzades pel TS confirmen aquests plantejaments. Poc a poc, podem observar com alguns acords sobre les reestructuracions de les empreses inclouen diferents formules que tracten de substituir la indemnització legal. En algunes ocasions, aquestes formules se concreten en la substitució de la indemnització per millores voluntàries a la SS i en altres ocasions, aquesta fórmula es concreta en optar per la indemnització o accedir voluntàriament a un pla de jubilació.

Certament, el TS continua mantenint que la indemnització per acomiadament col·lectiu té naturalesa de dret mínim necessari relatiu. No obstant això, aquesta premissa que fins no fa massa semblava inalterable, s'ha vist qüestionada a través de dues línies d'interpretació: la primera en relació amb el cas Enatcar i la segona en relació amb els treballadors jubilats en un expedient de regulació d'ocupació.

En els darrers temps, han passat de considerar que la quantia de la indemnització és dret mínim relatiu a considerar-la dret dispositiu. Recordem per un moment l'afirmació feta pel TS en la sentència de *21 de gener de 1997*⁷²⁰. En aquesta resolució, ens deia que en virtut de l'art 1255 CC l'autonomia de la voluntat de les parts permetia la modificació de la regulació legal. Conseqüentment, havíem d'entendre que la indemnització tenia un caràcter dispositiu.

No obstant això, al poc de temps el TS matisa les seues paraules i en la *STS, 28 de gener de 1997*⁷²¹ modera aquesta línia i sense negar el caràcter dispositiu de la indemnització, afirma que una de les finalitats de les consultes de l'art 51 ET és pal·liar les conseqüències de la situació de l'empresa respecte als treballadors, per exemple buscant-los un nou treball. Per tant, la indemnització econòmica només serà supletòria

⁷²⁰ Ar 622.

⁷²¹ Ar 907

del major benefici consistent a proporcionar al treballador altre treball. Podríem dir doncs, que el pacte més beneficiós s'imposa a la indemnització legal.

A partir d'aquest plantejament podríem entendre que la regla general obligaria a satisfer la indemnització legal o la pactada davant un acomiadament col·lectiu. No obstant això i seguint amb els arguments del TS, quan les parts pacten un major benefici per al treballador consistent en la seua recol·locació, la indemnització podrà tenir un *caràcter supletori*. Segons aquesta argumentació, la indemnització tractaria de compensar el dany produït al treballador per la pèrdua del seu lloc de treball, de tal forma, que quan es produeix la seua recol·locació aquest dany desapareix i per tant, també l'obligació d'indemnitzar.

Tanmateix, aquest no és l'únic supòsit que es configura com una excepció a la regla establerta en l'art 51.8 ET. Diverses sentències del TS han elaborat una línia interpretativa en virtut de la qual, la indemnització prevista en l'art 51.8 ET només entraria en joc davant les extincions decidides per l'empresari i no quan l'extinció es produeix per voluntat del treballador. És a dir, quan aquest s'acull voluntàriament a un pla de jubilacions negociat entre l'empresari i els representants dels treballadors en una reestructuració empresarial⁷²².

En els arguments utilitzats pel TS en relació amb aquesta qüestió, es troben subjacent diverses problemàtiques i preguntes que cal resoldre. En primer lloc, el TS en algunes resolucions judicials nega que la causa d'extinció dels contractes d'aquests treballadors siga l'expedient. Segons les seues paraules "el pacte de jubilació anticipada constitueix una causa d'extinció del contracte de treball diferent a l'acomiadament col·lectiu per al qual s'estableix la indemnització de l'art 51.8 ET"⁷²³. Segons el TS, fins a cert punt podem dir que la causa del seu cessament és remotament l'expedient, de fet la causa més propera al seu cessament és la voluntat de jubilar-se.

En segon lloc, del dit fins ara es dedueix que la indemnització mínima prevista en l'art 51.8 ET no l'hem d'aplicar als treballadors jubilats a través d'un expedient de regulació d'ocupació, de tal forma que a través de les negociacions es podrien pactar unes quanties inferiors. En aquest sentit, el TS considera que "l'eventual diferència econòmica que pot resultar en algun supòsit, entre allò percebut i allò que pogués percebre en la hipòtesi d'un acomiadament col·lectiu, ha estat acceptada pel treballador"⁷²⁴. La raó esgrimida pel TS⁷²⁵ és senzilla: en aquests supòsits el pacte de jubilació constitueix una causa d'extinció.

⁷²² STS, 9 de juliol del 2003, Ar 7163: No hem d'aplicar el mínim d'indemnització establert en l'art 51.8 ET a la jubilació anticipada voluntària aollida a un pla de reestructuració de la plantilla pactat i autoritzat en el marc d'un expedient de regulació d'ocupació.

⁷²³ STS, 9 de juliol del 2003, Ar 7163. Fonament jurídic segon.

⁷²⁴ STS, 9 de juliol del 2003, Ar 7163. Fonament jurídic segon.

⁷²⁵ Una de les primeres sentències que va obrir aquest debat va ser la STS de 17 de juliol del 1989, Ar 5486. En relació amb uns treballadors jubilats d'acord amb els termes pactats en un expedient, va considerar que aquelles extincions no estaven sotmeses a cap condició de quantia mínima. Ni es podia admetre que es tractava d'una renúncia o disposició de dret perquè en aquest cas el dret a la indemnització previst en una norma anterior a l'ET no existeix. Més recentment han sorgit altres sentències que amb uns arguments diferents han resolt uns supòsits similars: STS, 10 desembre de 2002, Ar 1952, STS 11 febrer de 2003, Ar 3277, STS, 20 de març de 2003, Ar 3391, STS, 31 març de 2003, Ar 4966. STS, 5 de maig de 2003, Ar 4848, STS, 9 de juliol de 2003, Ar 7163, STS, 8 de juliol de 2003, Ar 7301. STS, 18 de novembre de 2003, Ar 9095, STS, 25 de novembre de 2003, Ar 9111

Segons l'opinió del TS, no podem dir que el cessament és conseqüència d'una decisió empresarial, el cessament està provocat per un acord transaccional, per la qual cosa no parlem pròpiament d'un acomiadament col·lectiu⁷²⁶. Per justificar aquest raonament, l'òrgan judicial argumenta que la resolució per a extingir els contractes obliga alguns treballadors a patir aquella reducció de plantilla però des del punt de vista individual, cap treballador està obligat a acceptar l'acomiadament. El cessament a l'empresa és voluntari per tant, respecte a aquests treballadors no podem parlar pròpiament d'un acomiadament. Podríem dir doncs, que la causa del seu cessament és només conseqüència remota de l'expedient.

Amb més claredat si cap es pronuncia el TS⁷²⁷ en altres ocasions on arriba a dir que "aquells que decideixen acceptar voluntàriament l'oferta d'un pla de jubilacions pactat entre l'empresa i els representants dels treballadors i autoritzat per l'autoritat laboral després de conèixer les seues condicions *no són objecte d'un acomiadament col·lectiu de l'art 51 ET, més aviat hem de considerar que extingeixen el contracte de mutu acord amb l'empresa, art 49.1.a ET*. Per tant, no tenen dret a reclamar la superior indemnització que els podia correspondre en aquell cas.

L'argumentació realitzada pel TS és basa en una complicada interpretació de l'art 51.8 ET i malgrat que pot semblar lògica, aquesta argumentació no està exempta d'alguns problemes. Com hem vist en les línies anteriors, el TS qualifica les prejubilacions com una modalitat d'extinció per voluntat del treballador, per tant no li són d'aplicació les prescripcions de l'art 51 ET, ni tan sols en relació amb la indemnització. Tanmateix, cal recordar que el legislador no preveu la prejubilació com una causa d'extinció independent. De fet, l'art 49 ET no la menciona explícitament.

Com s'ha comentat en apartats anteriors, la prejubilació ha d'anar associada a una de les possibles causes d'extinció prevista en l'art 49 ET. En algunes ocasions estarà vinculada al mutu acord i en altres ocasions podrà estar vinculada als acomiadaments per causes empresarials: art 51 i 52.c ET. En aquest sentit, dins d'un procés de reestructuració empresarial, el programa de prejubilació és una mesura més prevista en l'expedient de regulació fonamentat en causes empresarials i tramitat d'acord amb les regles recollides en l'art 51 ET.

⁷²⁶ STS, 20 de març de 2003, Ar 3391: no estem davant d'un acomiadament decidit per l'empresa després d'obtenir l'autorització exigida en l'art 51 ET, ni tan sols davant un acomiadament col·lectiu amb incentius empresarials per a ser acceptat pels representants, sinó davant d'una extinció derivada d'un pla de prejubilacions proposat per l'empresa i acceptat pel treballador amb la garantia que dona el fet que aquest ha estat acceptat en un expedient de regulació.

⁷²⁷ SSTs, 20 de juliol de 2004, RJ 2004/5366. 18 de novembre de 2003 Ar 9095. 28 de juliol de 2003 Ar 9095. 9 de juliol de 2003 Ar 7163. STS, 25 de novembre de 2003, Ar 9111: Com explica el TS en relació amb uns treballadors que s'acolliren a un pla de prejubilacions previst en el conveni col·lectiu i negociat en un expedient de regulació d'ocupació, en aquest supòsit no estem davant un acomiadament col·lectiu acordat per l'empresa mitjançant la corresponent autorització administrativa per a extingir, sinó davant una oferta empresarial feta a un treballador per a extingir de forma voluntària i consensual el seu contracte de treball. Conseqüentment, el treballador no va extingir el contracte en virtut d'una decisió empresarial, sinó a través d'una extinció acordada. Per tant, no cap la possibilitat de sol·licitar una indemnització complementària com si d'un acomiadament col·lectiu es tractés. En aquest supòsit concret, la decisió pot estar justificada si tenim present que les quanties que va rebre el treballador, incloent una prestació per desocupació superior a la que li corresponia, eren superiors a la indemnització prevista legalment.

Així doncs, a l'hora d'analitzar la situació dels treballadors prejubilats cal diferenciar dos negocis jurídics: l'extinció fonamentada en alguna de les causes previstes en l'art 49 ET. I en segon lloc, la prejubilació, una situació transitòria que només es pot entendre i explicar des de la causa que va extingir els contractes de treball. Malgrat això, el TS ha mantingut en alguna ocasió que el "*pacte de jubilació anticipada constitueix una causa d'extinció del contracte distinta a l'acomiadament col·lectiu*" TS⁷²⁸.

Tanmateix, com expliquen altres autors amb molta més claredat que jo ⁷²⁹ "La causa d'extinció del contracte de treball és el pressupost d'un negoci posterior a la prejubilació. Aquest negoci jurídic pel qual es constitueix aquesta situació és independent i autònom respecte a l'extinció, encara que en moltes ocasions tinga una explicació des de l'extinció prèvia del contracte de treball".

En definitiva, la prejubilació es troba vinculada a una causa d'extinció, en aquest cas a un expedient de regulació d'ocupació. De tal forma, que l'extinció produïda en el context d'una reestructuració és la base sobre la qual es crea un nou negoci jurídic: la prejubilació. Podríem dir, que aquest nou negoci jurídic: el programa de prejubilació situaria el treballador en una fase transitòria des que veu extingit el seu contracte fins que accedeix a la jubilació ordinària. Per a seua art, l'empresari es compromet a complementar les prestacions públiques dels treballadors que s'han acollit a aquest programa fins que arriben a l'edat de jubilar-se.

El segon argument utilitzat pel TS a efectes de negar que siga un "acomiadament" allò que extingeix el contracte en aquests supòsits es basa en el caràcter voluntari que té l'adhesió al pla de prejubilacions. El TS al·lega que en aquests supòsits el cessament en l'empresa és voluntari, per tant no podem parlar pròpiament d'acomiadament per causes empresarials perquè és el treballador qui s'adhereix voluntàriament al programa de prejubilació⁷³⁰.

Certament és així, però no oblidem que no només la prejubilació sinó moltes de les mesures recollides en l'expedient tenen un caràcter voluntari. Efectivament, serà el treballador qui s'aculla al programa sobre la prejubilació, però aquest té el seu origen en una proposta empresarial negociada amb els representants dels treballadors en una reestructuració empresarial fonamentada en les causes de l'art 51 ET. Considere doncs,

⁷²⁸ STS, 9 de juliol del 2003, Ar 7163. STS, 23 de juliol del 2003, Ar 7301. Fonament jurídic segon.

⁷²⁹ PRADAS MONTILLA, R, "Extinción del contrato de trabajo y prejubilación", op.cit, pàg. 12. PRADAS MONTILLA, R, "Extinción del contrato de trabajo y prejubilación", op.cit, pàg. 33. La situació de fet i de dret en què queda un treballador per raó de la seua edat propera a la jubilació des del moment en el qual extingeix el seu contracte de treball fins que rep una pensió de jubilació del sistema de Seguretat Social, és una situació pont que uneix el seu cessament definitiu en una activitat laboral amb l'accés a la seua jubilació. La prejubilació s'inicia a conseqüència de l'extinció del contracte de treball. La prejubilació es "vincula" a una causa d'extinció del contracte de treball perquè cal distingir ambdues institucions jurídiques.

⁷³⁰ FUSTÉ MIQUELA, JM, "La indemnización por despido por causas empresariales y su posible disponibilidad", RL-II, 2001, pàg. 538. Segons explica, la doctrina ha argumentat que l'extinció contractual si opera per voluntat del treballador i aquest accepta la seua inclusió en la regulació d'ocupació aquesta extinció respon a un acord mutu celebrat entre el treballador i l'empresari, de forma que aquesta fugiria del règim sobre la indemnització mínima, art 51.8 ET. En canvi, si entenem que l'extinció es produeix de forma obligatòria per la selecció del treballador en el marc d'una regulació d'ocupació difícilment es podrà argumentar que per la via de l'autonomia col·lectiva es poden pactar indemnitzacions inferiors.

que la prejubilació dins d'una reestructuració empresarial és alguna cosa més que una simple extinció fonamentada en el mutu acord. En aquests supòsits, la prejubilació ha de ser analitzada des de la causa que produeix les extincions: l'expedient de regulació d'ocupació.

Fetes aquestes explicacions, sense més demora cal entrar a analitzar la segona gran qüestió controvertida. La quantia mínima fixada en l'art 51.8 ET per als acomiadaments col·lectius regeix també per als treballadors prejubilats d'acord amb els termes pactats en un expedient de regulació d'ocupació? Doncs segons el mateix TS i basant-se en els arguments esgrimits anteriorment “es perfectament raonable i equitatiu que les indemnitzacions establertes en la resolució, que són les de l'acord d'empresa i que asseguruen el pas de la prejubilació a la jubilació ordinària, puguen prevaler enfront de l'art 51.8 ET”. És més, afirma l'òrgan judicial que aquesta solució no contradiu la doctrina sobre la naturalesa de dret mínim relatiu que té la indemnització de l'art 51 ET perquè hem de tenir en compte el caràcter excepcional del cas”⁷³¹.

Aquesta possibilitat és planteja amb més claredat si cap en altres sentències⁷³² en les quals l'òrgan judicial considera que l'eventual diferència econòmica que pot resultar entre allò percebut en concepte de prejubilació i allò que podia percebre en la hipòtesi d'un acomiadament col·lectiu, ha estat acceptada pel mateix treballador. És a ell a qui correspon prendre la decisió valorant l'oferta empresarial tenint en compte els seus interessos personals (temps lliure) i professionals (projectes alternatius de treball).

Certament, aquests plantejaments són coherents amb la interpretació que fa el TS sobre l'art 51.8 ET en relació amb els treballadors prejubilats. Tanmateix, no oblidem que una vegada s'ha produït la ruptura del nexa contractual neix l'obligació d'indemnitzar, una obligació que el legislador ha volgut configurar com una norma de dret imperatiu. En aquest sentit, algun autor⁷³³ defèn que “les quantitats destinades per l'empresari a finançar les situacions de prejubilació dels treballadors afectats per l'expedient de regulació d'ocupació formen part del conjunt de mesures destinades a atenuar les negatives conseqüències que suposa la perduda del lloc de treball per als treballadors, però unes mesures complementaries o addicionals no poden compensar o substituir el deute indemnitzatori”.

10.4) LES LIMITACIONS IMPOSADES A LES PARTS NEGOCIADORES DE L'ACORD PEL CONVENI COL·LECTIU I PEL CONTRACTE EN RELACIÓ AMB LA INDEMNITZACIÓ:

Abans d'entrar en matèria, considere que no està de més fer una breu aproximació sobre el tema d'anàlisi. Algunes de les idees que exposaré seguidament ja han estat esbossades amb major o menor encert en els apartats anteriors. Així i tot, és necessari tornar de nou sobre les complexes relacions entre l'autonomia col·lectiva, l'autonomia individual i la llei amb l'objectiu de tractar de determinar el paper que hem d'atribuir a l'acord sobre la reorganització en el sistema de fonts de les relacions de

⁷³¹ STS, 11 de febrer de 2003, Ar 3277. STS, 31 de març de 2003, Ar 4966. STS, 5 de maig de 2003, Ar 4848. STS, 28 de juliol del 2003, Ar 7301, STS, 18 de novembre del 2003, Ar 9095, STS, 10 de desembre del 2002, Ar 1952.

⁷³² STS, 9 de juliol de 2003, Ar 7163. STS, 28 de juliol de 2003, Ar 7301.

⁷³³ VALDÉS DAL-RÉ, F, “El carácter imperativo de la indemnización legal por despido (II)”, op.cit, pàg. 54.

treball i delimitar d'aquesta forma, les relacions que han d'existir entre l'acord i el contracte i entre l'acord i el conveni.

El reconeixement en l'art 37.1 CE de l'autonomia col·lectiva comporta principalment el reconeixement d'un poder normatiu diferent al poder normatiu de l'Estat. La CE, en aquell apartat reconeix un poder compartit entre els representants dels treballadors i els empresaris destinat a regular els diferents aspectes de les condicions de treball a través de la negociació col·lectiva. L'Autonomia col·lectiva es configura com la potestat atribuïda a aquells subjectes per tal de regular les relacions laborals i la negociació col·lectiva. És l'instrument o el mitjà a través del qual elaboraran diferents productes col·lectius: convenis i acords. Conseqüentment, tant aquest acord com el conveni tindran naturalesa normativa.

A partir d'aquest argument i tenint en compte que l'art 37 CE reconeix la "força vinculant" dels convenis col·lectius, hem d'interpretar que el conveni té força normativa. És doncs, una norma jurídica que pel principi d'unitat de l'ordenament jurídic ha d'integrar-se dins del sistema de fonts, però ho ha de fer subordinant-se a la llei i especialment a les normes de caràcter necessari i imperatiu. A més, la Llei pel paper que ocupa en la jerarquia normativa, podrà limitar la negociació col·lectiva i podrà excloure determinades matèries de la negociació col·lectiva.

La principal conseqüència que es deriva del caràcter normatiu del conveni és doncs, que aquest s'integra de forma imperativa en els contractes de treball. La norma convencional actua sobre els contractes de treball com una vertadera norma jurídica. Per una part, el contingut convencional s'integra en el contracte i limita la capacitat reguladora atribuïda a l'autonomia individual. I per altra part, aquesta relació establerta entre el conveni i el contracte impedeix que a través de l'autonomia individual recollim una regulació menys beneficiosa que la previst en conveni o que disposem de drets reconeguts com a indisponibles pel conveni col·lectiu.

Podríem dir que aquestes relacions entre el contracte i el conveni han originat diferents tensions entre aquestes dues fonts de les relacions de treball sobretot a l'hora de delimitar els seus àmbits d'actuació i els límits entre aquestes. Així és, tradicionalment el conveni ha tractat de limitar la potestat reguladora del contracte de treball. No és estrany que així siga, perquè una de les principals funcions del Dret del Treball ha sigut la seua funció Tuitiva. A diferència d'allò que ocorre en el Dret civil, en la nostra disciplina es parteix d'una desigualtat entre les parts. En el Dret del treball el punt de partida és diferent, els treballadors i els empresaris no es troben en una mateixa posició a l'hora de negociar les condicions de treball. Aquesta desigualtat s'ha tractat d'equilibrar creant normes de dret necessari o imperatiu que són indisponibles per a l'autonomia individual, però també a través del conveni.

El conveni ha tractat de recollir una regulació homogènia de les condicions de treball a l'empresa i ha tractat de millorar la regulació legal. En definitiva, buscava aconseguir majors quotes de benestar per als treballadors. Tanmateix, la recerca per part de la negociació col·lectiva de majors quotes de benestar ha cedit progressivament en benefici d'altres objectius. Per altra banda, poc a poc observem com el contracte de treball adquireix major pes a l'hora de regular les condicions de treball. Totes aquestes situacions han fet més complexes les relacions entre la llei, el conveni i el contracte de treball.

Tal vegada pot semblar exagerat, però podem dir que en els darrers temps la primacia del conveni a l'hora de regular les condicions del treball ha decaïgut progressivament a través de diferents fenòmens, principalment, a través dels acord d'empresa i a través de la individualització de les relacions de treball⁷³⁴. Ens trobem lluny d'aquells temps on les relacions de treball es regulaven amb certa homogeneïtat. Com apuntava en les línies anteriors, dos són els mecanismes a través dels quals ha decaïgut aquella homogeneïtat de les relacions de treball: mitjançant l'acord i el contracte.

Començarem per l'acord d'empresa. Com hem comentat en altres moments, la reforma del 1994 va potenciar la descentralització de la negociació col·lectiva i va fomentar d'aquesta forma un nou producte de la negociació col·lectiva: els acords d'empresa, uns acords que podran suposar una separació, allunyament o desvinculació de la regulació del conveni amb l'objectiu de facilitar l'adaptabilitat de les empreses a l'entorn econòmic. No obstant això, i malgrat la importància que pot tenir aquest producte fruit de la negociació col·lectiva, el legislador no dóna cap indicatiu en relació amb paper que ha d'ocupar en el sistema de fonts ni sobre les relacions que ha de mantenir amb el conveni.

En segon lloc, i també amb l'objectiu de fer més flexibles les relacions de treball, podem observar el major pes que va adquirint el contracte de treball en la regulació de les condicions de treball. De tal forma, que poc a poc ha decaïgut l'interès general sobre l'interès particular, la regulació col·lectiva sobre la individual i l'homogeneïtat de les regulacions sobre la diversitat i la diferència.

Sota aquest nou panorama normatiu, la indemnització per acomiadament col·lectiu esdevé un supòsit paradigmàtic per explicar aquesta situació. Tant és així, que ens podem trobar que aquesta indemnització pot estar regulada per tres fonts: la Llei, l'autonomia col·lectiva i l'autonomia de la voluntat. És a dir, ens trobem davant una matèria regulada com a dret necessari relatiu per la Llei i aquesta manté una relació de suplementarietat respecte al conveni. Així doncs, el conveni podrà millorar la regulació legal però no empitjorar-la, però alhora aquesta matèria podrà ser regulada pel contracte de treball i evidentment per l'acord d'empresa.

No obstant això i malgrat aquestes possibilitats, no estan clares les relacions que han d'establir-se entre aquestes fonts i això fa que ens preguntem diferents coses: l'acord col·lectiu sobre la reorganització empresarial haurà de respectar les indemnitzacions fixades individualment en el contracte?. En segon lloc, hem de preguntar-nos si en moments de crisi ha de prevaler l'interès individual sobre el col·lectiu o si excepcionalment l'acord col·lectiu podrà disposar de la indemnització reconeguda als treballadors. En darrer lloc, haurem de preguntar-nos si l'acord ha de respectar la indemnització fixada en conveni o per contra les parts negociadores no

⁷³⁴ GARCÍA NINET, JI, VICENTE PALACIO, A, "Derecho del trabajo", Aranzadi, 2001, pàg. 168. Com expliquen aquests autors, als darrers temps s'observa una tendència cap a la individualització de les relacions laborals. Una expressió que fa referència a la major rellevància que volen atorgar en les relacions laborals a l'autonomia de la voluntat. En definitiva, el ressorgiment de l'autonomia contractual una vegada constituïda la relació laboral, significa una restricció de les normes estatals i convencionals principalment en relació amb aquestes últimes ja que la seua eficàcia es veu afectada.

estaran vinculades per aquella clàusula i podran allunyar-se del conveni. Així doncs, aquestes seran les qüestions que seguidament tractaré d'analitzar.

10.4.1) LES RELACIONS ENTRE L'ACORD SOBRE LA REORGANITZACIÓ EMPRESARIAL I EL CONVENI COL·LECTIU:

Fins aquest moment hem analitzat les relacions entre la llei i les diferents manifestacions de l'autonomia col·lectiva: el conveni i l'acord d'empresa sobre la reorganització empresarial. Aquesta relació i la naturalesa de dret mínim relatiu que té la indemnització prevista en l'art 51.8 ET condicionarà la capacitat de les parts a l'hora de fixar la seua quantia en l'acord d'empresa o en la norma convencional. En aquest sentit, l'autonomia col·lectiva només podrà millorar la indemnització legal perquè la norma legal esdevé inderogable "in peius".

Però en relació amb la indemnització, aquesta no serà l'única limitació que trobaran les parts que negocien l'expedient. Com ja he comentat en apartats anteriors, els amplis marges de l'art 85.1 ET a l'hora de delimitar les matèries que poden ser regulades pel conveni habiliten a la norma convencional per regular alguns aspectes dels acomiadaments col·lectius, com per exemple la indemnització per acomiadament. Tanmateix, el mateix precepte introdueix la primera limitació: la regulació convencional haurà de respectar la regulació legal i per tant, les disposicions de dret necessari mínim i imperatiu.

Ens trobem doncs, davant una qüestió que es troba regulada en l'art 51.8 ET amb caràcter de dret necessari mínim relatiu i que a més, pot ser regulada pel conveni col·lectiu i evidentment, per un acord d'empresa sobre la reestructuració empresarial. No es tracta doncs, de determinar les relacions entre la norma legal i l'autonomia col·lectiva en general i els límits legals que imposa la Llei a les diferents manifestacions de la negociació col·lectiva. Es tracta de determinar que tipus de relació ha de regir entre aquests dos productes de la negociació col·lectiva, quan el conveni i l'acord sobre la reestructuració empresarial regulen la indemnització per acomiadament col·lectiu. Alhora caldrà determinar si l'acord col·lectiu pot recollir una regulació menys beneficiosa que la regulació convencional.

No és estrany que ens fem aquestes preguntes si tenim en compte que tampoc és tan estrany que un conveni col·lectiu reculli una indemnització sensiblement superior a la legal⁷³⁵. El dubte sorgeix immediatament preguntant-nos si aquella regulació o en concret aquesta clàusula convencional vincula aquells que negocien un expedient de regulació d'ocupació. De tal forma, que la regulació convencional impediria que les parts que es troben negociant un expedient recullen en l'acord col·lectiu una indemnització inferior a l'establerta en conveni⁷³⁶ a canvi d'incloure altres mesures en el pla social.

⁷³⁵ CC d'empreses consignatàries d'Estibadors de Biscaia, BOB, 29 de gener de 2004, n°19, art 36: estableix que en cas d'acomiadament col·lectiu els treballadors tindran dret a una indemnització de 45 dies de salari, amb un màxim de 12 mensualitats.

⁷³⁶ La STCT, 16 abril de 1985, Ar 2002 va estimar el recurs interposat per l'actor contra la sentència de la magistratura de treball en un supòsit similar. La qüestió era que un conveni extraestatutari havia inclòs una clàusula en virtut de la qual l'empresa es comprometia a abonar una indemnització superior a la legal davant una extinció per causes no imputables al treballador. Arribat el moment, acomiadaren el treballador i aquest va rebre un indemnització inferior a la del conveni. El tribunal va estimar el recurs del treballador i va al·legar que el conveni té un caràcter obligatori i suposa un notable avantatge per al

A l'hora d'abordar aquesta problemàtica hem de tenir en compte que tant el conveni com l'acord sobre la reorganització són un producte de la negociació col·lectiva⁷³⁷. L'acord no té la mateixa naturalesa jurídica que un conveni però tant un com l'altre tenen eficàcia normativa. Així doncs, es poden plantejar problemes entre aquests dos productes de la negociació col·lectiva quan entren a regular una mateixa matèria⁷³⁸. És per això que cal delimitar els límits entre ells.

Plantejat el problema en aquests termes, cal començar dient que malgrat que la indemnització pot estar regulada en el Conveni col·lectiu, l'acord sobre la reorganització empresarial podrà entrar a regular aquesta matèria, sempre que reculli una regulació més beneficiosa que la recollida en el conveni i respecte per tant, els principis de dret necessari mínim.

Aquesta situació no suposarà una situació de concurrència entre normes. Però a més, cal aclarir que quan es done aquesta situació no ens trobarem en el supòsit previst en l'art 84 ET, perquè aquella regla allò que prohibeix és precisament que durant la vigència d'un conveni estatutari, aquest es veja afectat, és a dir, modificat o alterat per altre d'àmbit diferent, amb la qual cosa prohibeix la concurrència entre convenis, una regla que per altra part, permet la negociació d'un conveni posterior de diferent àmbit sobre matèries no regulades en el conveni vigent.

És a dir, la regla recollida en l'art 84 ET es refereix als possibles conflictes de concurrència entre convenis estatutaris. Però com hem vist anteriorment, els acords col·lectius no són convenis col·lectius, són un producte de la negociació col·lectiva però tenen una naturalesa jurídica diferent. Per tant, és totalment factible que durant la vigència del conveni, un acord com aquest entre a regular una matèria prevista

treballador. De tal forma, que el seu contingut queda incorporat en el contracte individual de cada treballador i és exigible com a condició més beneficiosa amb força vinculant. En canvi, en un supòsit més complicat han negat que els treballadors tinguin dret a la indemnització prevista en conveni: STSJ del País Basc, 12 de desembre de 1994, Ar 4985. El cas era el següent: uns treballadors van ser acomiadats per un expedient i van rebre la indemnització prevista en l'acord tripartit de 22 de desembre de 1992 i en el conveni interprovincial. Aquestes normes recollien una indemnització de 40 dies de salari amb un màxim de 24 mensualitats. Però els treballadors entengueren que era d'aplicació la indemnització prevista en el conveni provincial de Biscaia (conveni d'eficàcia limitada signat per un únic sindicat) que preveia una indemnització superior: 40 dies de salari amb un màxim de 4 anualitats. Per tant, reclamaven les diferències. El tribunal va desestimar la pretensió dels treballadors per entendre que tenen dret a la indemnització acordada, és a dir, a la prevista en l'acord. A més, entenen que en aquest cas concret cal aplicar el principi que allò especial deroga allò general i en aquest cas, allò especial és l'acord tripartit i el conveni interprovincial. Entenen a més aplicable la clàusula "rebus sic stantibus, perquè la seua aplicació respon a tres requisits: 1) Alteració extraordinària de les circumstàncies sobre les quals es basa el contracte 2) Desproporció de l'equilibri de les obligacions entre les parts. 3) Alteració imprevisible.

⁷³⁷ STSJ d'Andalusia, 9 de juliol 2004. AS 2004/1304. i STSJ Andalusia, 14 de febrer de 2003. AS 2003/3236.

⁷³⁸ STS, 27 de desembre de 1994, Ar 10508. En aquest ocasió el Tribunal analitza la relació entre uns acords d'empresa i el conveni. Els sindicats impugnaren un acord subscrit durant les negociacions d'un acomiadament col·lectiu i un altre acord posterior que tractava d'afrontar els desequilibris en la plantilla que havia provocat l'expedient. Els recurrents entenen que les regles recollides en l'acord lesionaven la normativa laboral de RENFE incorporada en el Conveni col·lectiu. Per tant, entenen que l'acord concorria en termes prohibitius amb el conveni col·lectiu. El TS va estimar que l'acord no és un conveni, va ser negociat per resoldre els problemes ocasionats per l'expedient. Es tracta doncs, d'un pacte col·lectiu singular que no persegueix alterar amb projecció futura i permanent la normativa de RENFE sobre trasllats. Per tant, no es pot aplicar l'art 84 ET perquè aquest precepte tracta que el conveni vigent no siga invalidat per altre conveni igual i d'àmbit distint i això no és el cas.

convencionalment. No ens trobarem davant el supòsit de l'art 84, perquè el suposat conflicte es produeix entre productes diferents.

Acceptada doncs aquesta possibilitat i una vegada hem negat que ens trobem davant un supòsit prohibit per l'art 84 ET, cal delimitar que relacions han de mantenir aquests dos productes col·lectius. Com no pot ser d'altra forma, en principi haurem d'entendre que regirà *el principi de jerarquia normativa*⁷³⁹, art 9.3 CE, en virtut del qual quan dues normes, acord i conveni, regulen de forma diferent una matèria, com pot per exemple la indemnització per acomiadament, haurem d'aplicar la norma de major rang. No obstant això, l'aplicació d'aquest principi no impedeix que una norma inferior regule una matèria regulada en altra de rang superior, sempre que respecte alguns límits. Així doncs, quan la norma reculla una regulació mínima, la norma de rang inferior podrà establir una regulació que millori la prevista en la de rang superior.

Les afirmacions fetes en les línies anteriors ens permeten defensar que l'acord sobre la reorganització empresarial mantindrà respecte al conveni col·lectiu una relació de suplementarietat. Podrà complementar alguns aspectes de la regulació recollida en la norma convencional i establir un ajornament o fraccionament de la indemnització, si les parts estimen que l'empresa en aquests moments no es troba en posició de fer front a aquelles quanties. O podrà millorar la indemnització prevista en el conveni i inclús podrà sotmetre a condició la percepció d'aquella indemnització que excedeix de la quantia prevista en la norma convencional. Allò que no podrà en tot cas, és disposar d'aquell dret recollit en el conveni o establir una regulació menys beneficiosa.

Així doncs, podríem dir que malgrat la llibertat inicial de les parts per a negociar les mesures necessàries per a reduir o atenuar els acomiadaments a través de l'acord col·lectiu, aquells que negocien no tenen llibertat absoluta. Les parts negociadores de l'expedient estaran condicionades per les limitacions imposades per la norma legal, però també pel contingut normatiu del conveni. De tal forma, que si el conveni estableix una indemnització superior a la legal, les parts negociadores no podran establir una indemnització inferior o substituir la indemnització recollida en el conveni per altra obligació o simplement eliminar-la.

No hem d'oblidar que el conveni és una norma que regula les relacions laborals i que s'integra en el sistema de fonts, art 3 ET. A més, el seu contingut normatiu s'aplica als contractes de forma imperativa i automàtica, i no és possible que mitjançant el contracte introduïm una regulació menys beneficiosa que la regulació convencional. Però tampoc és possible que mitjançant l'acord col·lectiu modifiquem la regulació convencional o disposem de drets reconeguts com a indisponibles pel conveni, art 3.5 ET. Conseqüentment, hem d'entendre que ni els treballadors ni els seus representants podran disposar d'aquell dret regulat en el conveni col·lectiu. No podran per tant, acordar, durant les negociacions de l'expedient, una indemnització inferior a la prevista en el conveni però sí una superior en ell⁷⁴⁰.

⁷³⁹ En un mateix sentit: CORREA CARRASCO, M, "Convenios y Acuerdos colectivos de trabajo", ed. Aranzadi, 1997, pàg. 275.

⁷⁴⁰ ERO 4/2004. SWEDISH MATCH. FOSFORERA. En aquesta ocasió el pla social recollia una indemnització superior a l'establerta en el conveni. Exactament, el conveni del sector preveia una indemnització de 30 dies de salari, amb un màxim de 24 mensualitats. Una indemnització que ja era superior que la prevista en la norma legal. Ahora, el pla social reconeix una indemnització sensiblement superior: 31 dies amb un màxim de 24.8 mensualitats.

Aquesta clàusula convencional que recull una indemnització superior a la legal és una regulació més beneficiosa que millora la norma legal. Amb això no vull dir que aquesta regulació siga una condició més beneficiosa d'origen convencional amb tot el que això significa⁷⁴¹, simplement és una regulació convencional que millora allò dit en l'art 51 ET i com la resta de clàusules previstes en conveni ha de ser respectada.

Des del meu entendre, aquesta regulació no podria ser modificada per un acord d'empresa ni per l'autonomia individual, només el conveni podrà modificar o alterar el seu contingut i la seua regulació⁷⁴². D'aquesta forma impediríem que a través d'un acord d'empresa introduïm una regulació menys beneficiosa per als treballadors i alhora que mitjançant aquest pacte ens allunyem i separarem de la regulació del conveni col·lectiu. Certament, en algunes ocasions podrem arribar a entendre la necessitat de separar-nos de la regulació convencional i aportar altra més coherent amb la realitat de l'empresa, però aquesta tècnica comporta alguns perills.

La possibilitat que l'acord col·lectiu altere la regulació convencional podrà tenir els seues avantatges, però compta amb alguns efectes perniciosos. Certament la regulació de l'acord podrà ser més coherent amb la situació empresarial, però implica un debilitament de la negociació col·lectiva d'àmbits superiors i es veuran frustrats alguns dels seus objectius. Recordem que a l'hora de negociar les condicions de treball l'empresari i el treballador no es troben en una situació d'igualtat, aquella desigualtat a l'hora de negociar pot provocar que el treballador accepti unes condicions menys beneficioses per a ell.

En relació amb aquesta situació, la negociació col·lectiva mitjançant el conveni col·lectiu es configura com un instrument que tracta d'aconseguir unes majors quotes de beneficis per als treballadors, unes regulacions més beneficioses que les previstes legalment i unes condicions homogènies dins de l'empresa. El perill és doncs, que mitjançant el tan conegut argument de la necessària adaptabilitat de les empreses, a través d'un instrument inferior que el conveni, alterem la seua regulació i introduïm una menys beneficiosa.

⁷⁴¹ ÁLVAREZ DE LA ROSA, M, "Pactos indemnizatorios en la extinción del contrato de trabajo", op.cit, pàg. 66 i 67. En relació amb els pactes sobre la indemnització fixada a través de la negociació col·lectiva es succeeixen en el temps i poden ser substituïts uns per altres. Per tant, és difícil fonamentar una condició més beneficiosa en la disposició d'un conveni col·lectiu que regirà durant un període de temps determinat. A més, una vegada conclòs el conveni pot ser canviat i modificat per altres normes posteriors recollides en successius convenis. El TS ha assenyalat que el conveni col·lectiu en atenció al seu caràcter normatiu, no és font reguladora de condicions més beneficioses: SSTs: 18 de desembre del 1997, Ar 9517. 14 de novembre del 2001. Ar 837 (del 2002). Per la seua part, diferents resolucions judicials dels Tribunals Superiors de Justícia refrenen aquell plantejament. En aquest sentit, mantenen que la condició més beneficiosa no neix d'allò pactat en conveni col·lectiu: SSTSJ del País Basc, 31 octubre del 2000. Ar 3707, 26 de febrer del 1996, Ar 1507. 18 de desembre del 1997, Ar 9517. 17 de juliol del 1995, Ar 6712. 5 novembre del 1995, Ar 8403.

⁷⁴² En contra SSTSJ Andalusia, 14 de febrer, AS 2003/3236, 9 juliol del 2004, AS 2004/1304. Segons aquesta resolució aquest tipus de pactes d'eficàcia general de l'acord en modificacions o en acomiadaments col·lectius participen de naturalesa anàloga a les clàusules normatives dels convenis col·lectius i poden per tant modificar allò previst en ells per estar autoritzats per l'art 41 ET després de la reforma, i per exigir-se per a la negociació en consultes art 51 ET les mateixes regles de legitimació i majories d'adopció de l'acord que en el títol III.

Però és més, a l'hora de negar la possibilitat que un acord col·lectiu reculli una indemnització inferior que l'establerta en el conveni, podríem al·legar el mateix argument utilitzat pel TS⁷⁴³ per a donar validesa a l'acord signat amb Enatcar. Recordem que en aquella ocasió el TS va donar la raó a l'empresa al·legant que no volia apartar-se de l'autonomia col·lectiva per tractar-se d'un pacte negociat per aquells que tenien legitimitat per a fer-ho, conforme a la llei i homologat per l'autoritat laboral.

Així doncs, si l'acord sobre la reorganització productiva es fruit de l'autonomia col·lectiva, més encara si cap ho és el conveni col·lectiu. No seria acceptable tampoc en aquest cas separar-nos de la voluntat de les parts negociadores. Si les parts legitimades per a negociar el conveni han pactat un règim indemnitzador més beneficiós que l'establert legalment, no podem donar eficàcia a un acord que ens aparta de l'autonomia col·lectiva manifestada a través del conveni.

Utilitzant també un argument del TS⁷⁴⁴, l'assumpció del "conveni col·lectiu" no ens permet utilitzar la "tècnica de l'espigolament", és a dir, no podem acceptar algunes parts del conveni i altres no, això seria contrari a la força obligatòria general del resultat de la negociació col·lectiva, art 37 CE. Per tant, la indemnització fixada per conveni ha de ser respectada com la resta de matèries negociades i regulades en ell i no és possible, des del meu punt de vista, que l'acord reculli una indemnització inferior. A més, si les parts que han negociat el conveni han previst que davant un desequilibri empresarial i com a conseqüència d'un expedient, els treballadors tindran dret a una indemnització determinada. No sembla massa lògic que arribat el moment, les parts es desentenguen de la regulació prevista en el conveni col·lectiu.

10.4.2) L'AUTONOMIA DE LA VOLUNTAT COM A LÍMIT A L'HORA DE NEGOCIAR LES INDEMNITZACIONS DE L'EXPEDIENT:

Tanmateix, els convenis no seran l'única font que pugui regular la indemnització per acomiadament col·lectius. Recordem que a més d'aquesta norma, el legislador configura l'autonomia de la voluntat com una font de l'ordenament jurídic laboral i permet que aquesta regule els drets i obligacions de la relació de treball. La doctrina⁷⁴⁵, tradicionalment ha mantingut que l'empresari i el treballador podien establir mitjançant el contracte individual una indemnització que millorés la legal. De tal forma, que l'acord col·lectiu havia de respectar aquella condició més beneficiosa d'origen contractual, una possibilitat que per altra part, es trobava i es troba prevista legalment, art 14.1 RD 43/1996.

És possible que els treballadors en general no estiguen en posició de negociar una clàusula d'aquestes característiques. Però hem de pensar en determinats col·lectius, com el personal d'alta direcció. Aquest és un col·lectiu peculiar que es regeix per una norma específica: El RD 1382/1985 i per l'autonomia de la voluntat i de forma supletòria per la legislació civil i mercantil. La regulació de l'ET només s'aplicarà quan així ho acordem les parts o el RD.

⁷⁴³ STS, 21 de gener de 1997, Ar 622.

⁷⁴⁴ STS, 28 gener 1997, Ar 907.

⁷⁴⁵ ALBIOL MONTESINOS, I, "Extinción por causas tecnológicas o económicas y fuerza mayor", op.cit, pàg. 302 i 303. ÁLVAREZ DE LA ROSA, M, "Pactos indemnizatorios en la extinción del contrato de trabajo", op.cit, pàg. 64 i següents.

Així doncs, la principal font de regulació d'aquest contacte és l'autonomia de la voluntat manifestada a través del contracte. Segons aquestes idees, aquesta previsió legal i la posició privilegiada que tenen a l'hora de negociar les seues condicions els permetria pactar una clàusula d'aquesta naturalesa davant un acomiadament per causes empresarials. Recordem que malgrat les peculiaritats que rodegen aquesta relació laboral, aquesta podrà extingir-se per les causes previstes en l'ET, art 12 del RD 1382/1985.

En qualsevol cas, i malgrat que no siga d'allò més freqüent, el RD 43/1996 permet millorar la indemnització legal a través del pacte col·lectiu i de l'individual. Per tant, una vegada hem pactat amb l'empresari la indemnització corresponent, aquesta passa a formar part del patrimoni del treballador⁷⁴⁶, els qual tenen dret a conservar-la per haver entrat en ell com una regulació més beneficiosa. Tant és així, que només el pacte entre les parts podrà modificar-la⁷⁴⁷. No existeix dubte que estem davant una condició més beneficiosa d'origen contractual, ja que aquest supòsit compleix amb tots els requisits establerts per la jurisprudència⁷⁴⁸.

Hem de recordar, que el TS en diverses ocasions ha mantingut que l'existència d'una condició més beneficiosa d'origen contractual exigeix que el treballador gaudisca d'aquell avantatge per una clara voluntat de concessió per part de l'empresari⁷⁴⁹. De tal forma, que la seua incorporació en el contracte impedeix que l'empresari pugua disposar d'ella de forma unilateral⁷⁵⁰. Aquesta condició sobreviurà fins que les parts no acorden altra cosa, o fins que siga compensada o neutralitzada per una normativa posterior, legal o pactada, més beneficiosa⁷⁵¹. En qualsevol cas, aquesta condició més beneficiosa d'origen contractual limita el poder d'organització de l'empresari i en principi, està

⁷⁴⁶ VALDÉS DAL-RE, F, "Prologo" a GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E, "La compensación y absorción de salarios", Madrid, ed. Instituto de Estudios laborales y de la Seguridad Social. 1984. Pàg. 14. Aquest autor explica amb claredat el funcionament de les clàusules més beneficioses d'origen contractual. Considera que les conseqüències jurídiques del pacte o concessió d'una condició més beneficiosa per al treballador que la prevista en la norma, estatal o pactada, són substancialment tres: en primer lloc, aquella condició s'incorpora al nexa contractual i ingressa en el patrimoni del treballador. En segon lloc, la condició esdevé obligatòria per a l'empresari que no podrà ignorar-la o suprimir-la, excepte quan el pacte reculla aquella possibilitat. I en tercer lloc, la condició preval sobre la norma i sobre els canvis normatius que es realitzen. En un mateix sentit: STSJ País Basc, 31 octubre de 2000. Ar 3707. La condició més beneficiosa s'incorpora al nexa contractual a través d'un acte de voluntat constituït, ja que existeix la voluntat empresarial d'atribuir als seus treballadors un avantatge que supera allò establert en la norma legal o convencional: SSTS, 21 de febrer de 1994, RJ 1994, 1216. 31 de maig de 1995, RJ 1995, 4012. 8 de juliol de 1996. RJ 1995, 4012.

⁷⁴⁷ En base a les següents sentències: SSTS, 5 de maig de 1987, Ar 3233. 15 de gener de 1985, Ar 623, STC, 18 d'octubre de 1985, Ar 5912, estima que aquests pactes tenen la naturalesa de condició més beneficiosa d'origen contractual i el mateix treballador té dret a conservar-la o variar-la tenint en compte la seua exclusiva voluntat novatòria

⁷⁴⁸ SSTS, 16 de setembre de 1992. Ar 6789. 20 de desembre de 1993, Ar 9974. 31 de maig de 1995. Ar 4012.

⁷⁴⁹ Com explica el TS, la condició més beneficiosa no neix d'una simple repetició en el temps, sinó que cal l'efectiva voluntat de l'empresari de concedir un benefici addicional: SSTS 3 de novembre de 1992, Ar 8776. 20 de desembre de 1993, Ar 9974, 21 de febrer de 1994, Ar 1216. 31 de maig de 1995. Ar 4012. 8 de juliol, Ar 4012.

⁷⁵⁰ La incorporació d'aquesta condició al nexa contractual impedeix que l'empresari l'elimine unilateralment. Es manté d'aquesta forma el principi d'intangibilitat unilateral de les condicions adquirides i gaudides: STS, 16 de desembre de 1992, Ar 6789.

⁷⁵¹ La condició més beneficiosa pot ser objecte de compensació o absorció, però no pot ser suprimida unilateralment per l'empresari: SSTS, 1 de juliol de 1988, Ar 5735. 20 de maig de 1991, Ar 3919. 15 de juliol 1997, Ar 6265, 29 de març de 2000, Ar 3134. 19 de març de 2001. Ar 4104.

obligat a complir-la també quan negocia l'expedient de regulació d'ocupació amb els representants dels treballadors⁷⁵².

Admesa doncs aquesta possibilitat, cabria plantejar-nos si un canvi dràstic i sobrevingut a l'empresa i en les circumstàncies sota les quals es va negociar aquella condició més beneficiosa d'origen contractual, pot justificar una modificació d'aquella clàusula per l'empresari⁷⁵³. És a dir, aquestes clàusules normalment es negociaran sota unes condicions de normalitat, o més concretament durant un període d'estabilitat econòmica on no està en perill el futur de l'empresa. Però la negociació del projecte d'acomiadament posarà en relleu un canvi dràstic en la situació de l'empresa. Podríem dir, que l'empresa es troba en una situació excepcional per estar en perill la seua continuïtat futura i això ens obligaria a preguntar-nos si les parts que negocien l'expedient estan obligades a respectar les indemnitzacions fixades en el contracte de treball⁷⁵⁴.

És a dir, hauríem de plantejar-nos si la crisi empresarial, aliena a la voluntat de l'empresari, és una situació suficientment extraordinària i excepcional que permet

⁷⁵² STS, 22 de maig de 1996, 4608: En aquest cas concret, el tribunal va entendre que el treballador tenia dret a la indemnització pactada en l'expedient i no a la prevista en el seu contracte. El treballador havia pactat una indemnització en cas de rescissió unilateral del contracte per part de l'empresari. El tribunal entén que no estem davant el supòsit previst, perquè si bé és cert que l'expedient s'inicia a instància de l'empresari, el seu resultat no és fruit d'una decisió unilateral sinó que és la conseqüència d'un acord amb els representants dels treballadors. El tribunal entén que les causes d'extinció de l'art 51 són alienes a la voluntat de l'empresari. En un mateix sentit: STS, 2 novembre de 1983, Ar 5561.

⁷⁵³ ÁLVAREZ DE LA ROSA, M, "Pactos indemnizatorios en la extinción del contrato de trabajo", op.cit, Pág. 68. En relació amb els pactes sobre la indemnització fixats en el contracte estima que aquestes condicions poden desaparèixer per causes econòmiques sobrevingudes que no permeten afrontar les condicions pactades. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M, "La condición mas beneficiosa", DL, 1991, nº33. pàg. 64. Aquest autor destaca que algunes resolucions judicials han plantejat la possibilitat d'aplicar la clàusula "rebus sic stantibus" a efectes de poder modificar una condició més beneficiosa. De tal forma que davant un canvi de circumstàncies extraordinari o imprevisible, no imputable a les parts, i quan aquest gènere un desequilibri desorbitant en les prestacions de les parts, podran modificar la condició més beneficiosa. Per la seua part, GARCÍA NINET, JI, VICENTE PALACIO, A, "Derecho del trabajo", op.cit, pàg. 173, explica que molt rarament els Tribunals han acceptat la seua aplicació. Per exemple, només admeteren la seua aplicació quan es va poduir el canvi normatiu en matèria de la prestació d'incapacitat temporal i estimaren que aquell canvi legislatiu modificava el règim i les condicions per les quals s'havien de regir la millora de la IT que ofería l'empresari.

⁷⁵⁴ STSJ, Extremadura, 2 de juny de 1999. Ar 2771. STSJ Aragó, 15 de març de 1995, Ar 899. El tribunal va entendre que efectivament ens trobàvem davant una condició més beneficiosa d'origen contractual, una condició que en principi ha de ser respectada com a dret adquirit, però el tribunal entén justificat aplicar la clàusula "rebus sic stantibus", perquè considera que tenint en compte que el contracte de treball és un contracte de tracte successiu, el manteniment d'una posició extrema que impedeix fer més dinàmica la rigidesa del contracte de treball donaria lloc a la ruptura de l'equilibri contractual, quan desaparegueren aquelles circumstàncies constitutives. Per tant, davant aquesta situació, l'empresa pot realitzar les mesures d'ajustament. Conseqüentment, davant l'alteració de la base del negoci, la posició de l'empresa al manteniment de la condició més beneficiosa tindrà el suport dogmàtic de la desaparició del negoci jurídic o "clàusula rebus sic stantibus". Hem d'entendre que s'ha produït una alteració important de la situació econòmica de l'empresa que ha provocat l'expedient i el manteniment de la condició més beneficiosa provocaria un greu trencament de l'equilibri que configurà el consentiment de les parts. En contra: STSJ Canàries, 21 de novembre de 1996, Ar 4625. Davant un supòsit similar, el tribunal entén que no podem aplicar la clàusula "rebus sic stantibus", perquè aquesta clàusula s'ha d'aplicar amb la màxima reserva i requereix necessàriament que el canvi de condicions siga desproporcionat o brusc i especialment imprevisible per a les parts. En un mateix sentit, STSJ Aragó, 6 febrer de 1999. Ar 124. STSJ Múrcia, 18 desembre de 2000. Ar 4168.

aplicar la clàusula “resbus sic stantibus”⁷⁵⁵. Certament poden haver molts problemes per a poder aplicar-la sobretot, perquè la jurisprudència⁷⁵⁶ ha fet una interpretació restringida d’aquella clàusula i ha entès que és una excepció al principi “pacta sunt servanda”⁷⁵⁷. Segons aquestes mateixes resolucions, la seua aplicació ens permetria excepcionalment la revisió d’alguna clàusula del contracte o la seua resolució en casos extraordinaris, concretament quan resulte extremadament onerosos per a una de les parts mantenir aquella situació. És a dir, aquest canvi de circumstàncies extraordinàries implicaria una ruptura de l’equilibri contractual que alteraria la base del negoci jurídic i ens permetria revisar aquella clàusula contractual.

Com explica el TS⁷⁵⁸, mitjançant la seua aplicació tractem de corregir i compensar les grans diferències que la inestabilitat dels canvis i les intenses fluctuacions de les monedes originen en els negocis jurídics, que divorcien la voluntat originària dels contractes de la realitat efectiva en el moment de la seua conservació. Tal vegada aquest és l’argument que pot justificar la rescissió de la clàusula contractual que inclou una indemnització superior a la legal. És a dir, els canvis en el mercat i en el sector que han provocat una crisi econòmica a l’empresa han provocat de forma sobrevinguda una alteració del negoci jurídic que impedeix fer front a aquelles indemnitzacions pactades. De tal forma, que l’aplicació de la clàusula rebus sic suposa acceptar com a raonable una nova forma d’exercici de les prestacions acomodada a les exigències actuals⁷⁵⁹.

La revisió d’aquesta clàusula contractual no tindria com a finalitat protegir l’interès individual de l’empresari, o al menys aquest no seria l’únic efecte que produeix. La revisió de la indemnització pactada en el contracte repercutirà sobre l’interès general dels treballadors, perquè les elevades indemnitzacions d’uns pocs treballadors podran provocar unes negociacions a la baixa de les indemnitzacions dels altres treballadors o impossibilitar que l’empresari faça front a totes elles o es podria posar en perill la continuïtat de l’empresa.

Així doncs, la disjuntiva es planteja a l’hora de discernir si en determinades circumstàncies excepcionals com aquestes, l’interès col·lectiu pot prevaler sobre l’individual. És a dir, si l’interès general consistent a tractar d’assegurar la continuïtat de

⁷⁵⁵ En relació amb aquesta possibilitat, hem de dir que el TS s’ha pronunciat en contra: STS, 8 de juliol de 1996, 5758: Sobre la “clàusula rebus sic stantibus” el TS va estimar que la jurisprudència ha fet una interpretació restringida d’aquesta clàusula. El Tribunal entén a més que una cosa és les circumstàncies imprevisibles que poden justificar la seua aplicació i altra cosa és la transformació de les circumstàncies que van ser previsibles i que estaven en l’esfera de la influència de l’empresari. Dit açò, el TS considera que una cosa és la concurrència de la causa que incideix desfavorablement en l’empresa i altra diferent l’abast que aquella situació pot tenir sobre les condicions laborals que tenen el seu origen en la concessió unilateral de l’empresari.

⁷⁵⁶ L’esmentada clàusula pot ser una via d’extinció de les condicions més beneficioses d’origen contractual, però només procedeix aplicar-la en casos excepcionals: SSTS, 4 juliol de 1994. Ar 6335. STS, 11 de març de 1998, Ar 2562. 16 abril de 1999, Ar 4429. En un mateix sentit: STSJ País Basc, 31 octubre de 2000. Ar 3707.

⁷⁵⁷ STS, 27 de juny de 1984, Ar 3438. Per a poder aplicar l’esmentada clàusula, el TS exigeix els següents requisits: a) Que s’haja produït una alteració de les circumstàncies sota les quals es van negociar el contracte. b) Que aquell canvi provoque un desequilibri entre les prestacions. c) Que això es dega a unes circumstàncies sobrevingudes. d) A més, per poder aplicar la clàusula cal que les parts no compten amb altres instruments per a esmenar aquell desequilibri.

⁷⁵⁸ STS, 6 de juny de 1959. Ar 3026. sentència extreta de: SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M^oP, “Alteraciones económicas y obligaciones contractuales: la cláusula rebus sic stantibus”, Madrid, Tecnos, 1990, pàg. 19.

⁷⁵⁹ STS, 9 de juny de 1984, Ar 4084.

l'empresa a través de mesures de diferent naturalesa pot prevaler sacrificant l'interès individual d'alguns treballadors que tenen dret a unes indemnitzacions superiors a les fixades en l'acord d'empresa i superiors a les indemnitzacions dels seus companys.

Unes indemnitzacions que recordem, poden perjudicar la recuperació econòmica de l'empresa. Però a més, aquestes clàusules poden plantejar problemes amb el principi d'igualtat, art 14 CE, perquè en base a unes mateixes causes d'extinció: causes empresarials, uns treballadors rebran una indemnització determinada: la fixada en l'acord sobre la reorganització empresarial i altres podran rebre una superior o inferior en funció d'allò que pactaren en el seu moment amb l'empresari en el contracte.

La doctrina tradicionalment ha mantingut que les condicions més beneficioses d'origen contractual només podran modificar-se per un acord entre les parts. Però tal vegada en aquestes circumstàncies excepcionals de crisi empresarial, no es convenient fer una defensa a ultrança d'aquestes condicions d'origen contractual ni de l'autonomia individual. Això no significa tampoc, que hem de sacrificar-les en benefici de la conveniència de l'empresari o a favor del seu interès individual.

Però sí que cal dir que en moments de crisi on està en joc la supervivència de l'empresa i dels contractes de treball, cal buscar solucions equilibrades i s'hauran de produir sacrificis mutus per part de l'empresari i dels treballadors en benefici de l'interès general i comú, com és la continuïtat de l'empresa. Ara bé, aquests sacrificis han de ser compartits, no és possible que per tal de salvaguardar l'estabilitat del projecte empresarial els únics que renunciïn a alguns avantatges siguin els treballadors. És per això, que l'empresari ha de tractar de negociar amb els representants dels treballadors mesures alternatives a l'acomiadament, ha de garantir com a mínim la indemnització legal i ha tractar de reduir el número d'extincions.

Per altra banda, considere que si en situacions excepcionals de crisi empresarial ni tan sols el contingut íntegre del conveni es configura com una norma absoluta i rígida, doncs tampoc hauríem de fer una defensa a ultrança de l'autonomia individual i de les condicions més beneficioses d'origen contractual. Recordem que el legislador permet en moments de crisi empresarial i només de forma excepcional, que l'empresari i els representants dels treballadors a través de pactes d'empresa se separen de la regulació del conveni.

Així doncs, són dues les situacions que permeten a l'empresari i als representants dels treballadors desvincular-se de la regulació del conveni. En primer lloc, el legislador preveu que en circumstàncies excepcionals, les parts podran negociar una modificació substancial d'algunes de les condicions de treball fixades per conveni, art 41 ET. En segon lloc, per causes empresarials el legislador permet negociar clàusules convencionals que suposen separar-se del règim salarial previst en el conveni col·lectiu. Si aquestes no existeixen i quan ho aconselle la situació empresarial, les parts podran acordar aquella clàusula i desvincular-se del règim previst en la norma convencional, art 82.3 ET.

En definitiva, la possibilitat que un acord sobre la reorganització empresarial modifiqui una condició més beneficiosa d'origen contractual enllaçaria amb el difícil debat que existeix sobre les relacions entre l'autonomia individual i la col·lectiva. Dos mecanismes destinats a regular les condicions de treball a l'empresa. El fet que ambdues

fonts puguen intervenir en la regulació de les relacions de treball pot plantejar nombrosos problemes a l'hora d'establir els límits i els àmbits d'actuació d'una i altra⁷⁶⁰ sobretot, tenint en compte que l'art 3 ET les configura com a fonts de la relació del treball. Això implica que no és possible que l'autonomia individual anul·le el dret a la negociació col·lectiva. Així és, aquesta no podrà imposar, alterar o modificar la regulació convencional⁷⁶¹, ni la regulació convencional podrà anul·lar la funció reguladora atribuïda al contracte de treball.

En principi, l'autonomia col·lectiva no podrà disposar de les condicions més beneficioses d'origen contractual, com no podrà disposar amb caràcter general dels drets reconeguts en el contracte de treball. No obstant això, aquestes condicions no es poden configurar com un bloc autònom en relació amb la possible actuació de la negociació col·lectiva. Tant és així, que normalment aquesta incidirà finalment sobre aquelles condicions a través de la compensació o absorció amb la finalitat d'igualar les condicions a l'empresa.

En virtut d'aquest plantejament, cabria dir que en principi, l'autonomia col·lectiva: acord d'empresa i conveni, hauran de respectar la condició més beneficiosa d'origen contractual. Però, com ja exposat en línies anteriors, cabria plantejar-se la possibilitat que l'acord sobre la reorganització empresarial modifiqués aquella indemnització pactada en el contracte en benefici de l'interès general dels treballadors i de l'empresa, a efectes de contribuir a assegurar l'estabilitat i continuïtat del projecte empresarial⁷⁶². Podríem al·legar a més, que la modificació d'aquella condició més beneficiosa d'origen contractual mitjançant l'acord està justificada perquè l'acord recull una regulació més beneficiosa en termes generals. No obstant això, aquesta possibilitat només es podria admetre amb caràcter excepcional.

⁷⁶⁰ A través de la STC 58/1985. Fonament 6. El TC ha posat en relleu aquestes difícils relacions entre l'autonomia individual i la col·lectiva i ha destacat dues idees: l'autonomia col·lectiva no pot anul·lar la individual. En segon lloc, l'autonomia col·lectiva pot disposar de drets individuals perquè el contrari suposaria negar la funció de la negociació col·lectiva, ja que la CE la configura com un instrument essencial per a regular les relacions de treball. Exactament, el Tribunal diu: els problemes derivats de les relacions entre l'autonomia individual i la col·lectiva han de solucionar-se a través de dos principis bàsics: l'autonomia col·lectiva no pot negar la individual perquè la garantia de la llibertat personal ha de comptar amb uns marges d'actuació, inclús en uns àmbits com l'empresa on les exigències econòmiques, tècniques o productives, reclamen una conformació col·lectiva de condicions uniformes. En segon lloc, no podem negar la capacitat d'incidència del conveni en el terreny dels interessos o drets individuals.

⁷⁶¹ STC 105/92. En relació amb un supòsit d'individualització en massa, el TC estima que si preval l'autonomia individual dels treballadors sobre l'autonomia col·lectiva pactada en un conveni pactat entre sindicats i la representació empresarial trencaríem el sistema de negociació col·lectiva configurat pel legislador.

⁷⁶² El TC en la STC 58/1985 defèn que en un sistema constitucional de relacions de treball com el nostre, assentat sobre la llibertat sindical i la llibertat d'empresa en el marc d'una economia de mercat, la satisfacció d'una sèrie d'interessos individuals s'obté pels seus titulars a través de la negociació col·lectiva, la qual és compatible amb els àmbits de llibertat personal i a més contribueix decisivament en la millora de les condicions de treball i de vida dels treballadors i contribueix a millorar el benestar social general.

V. L'EXPEDIENT DE REGULACIÓ D'OCUPACIÓ: LA INTERVENCIÓ ADMINISTRATIVA.

1) INTERVENCIÓ DE L'AUTORITAT LABORAL: DE L'ET DE 1980 A L'ACTUAL RÈGIM JURÍDIC:

Les reformes laborals que han afectat el règim jurídic dels acomiadaments per causes empresarials, han incidit de forma important sobre el paper que ha de jugar la intervenció de l'autoritat laboral en els acomiadaments col·lectius. Tanmateix, les reformes no han alterat l'esquema del procediment de regulació i malgrat els canvis, la intervenció de l'autoritat laboral s'ha mantingut en els expedients de regulació d'ocupació. Tant és així, que l'activitat desenvolupada per l'autoritat laboral i l'autorització administrativa han estat un dels elements més característics del procediment de regulació d'ocupació.

Durant la versió originària de l'ET, l'aspecte més rellevant de la intervenció de l'autoritat laboral en el procediment de regulació d'ocupació consistia en el fet que aquesta només intervenia una vegada havia finalitzat l'obligat període de consultes. La regulació recollida en l'ET de 1980 deixava poc marge de maniobra a l'autoritat laboral. En aquest sentit, l'acord produït durant les consultes esdevenia vinculant per a l'autoritat laboral i aquesta es limitava pràcticament a ratificar el seu contingut.

Tant és així, que si en el termini legal aquesta no es pronunciava s'entien autoritzades les extincions per silenci administratiu, art 51.5 ET, excepte clar està, en el supòsit que l'autoritat laboral estimés que havia existit dol, coacció o abús de dret a l'hora de concloure l'acord, en aquest supòsit havia de remetre l'acord a l'òrgan judicial perquè es pronunciés sobre aquestes qüestions. Tanmateix, el RD 696/1980 recollia una previsió no exempta de polèmica⁷⁶³. L'art 12.2 de l'esmentada norma establia que l'autoritat laboral podia acordar motivadament, a efectes de determinar la procedència o improcedència de les prestacions per desocupació, que es tramités l'expedient en la forma prevista per al supòsit previst en cas de desacord. En cas de desacord durant el període de consultes, el procediment podia allargar-se un poc més i inclús l'actuació de l'autoritat laboral podia arribar a ser exorbitant.

Així doncs, segons es preveia en cas de desacord l'empresari havia de sol·licitar a l'autoritat laboral autorització per extingir els contractes de treball. Segons preveia l'ET, una vegada rebuda la documentació i previ informe de la inspecció de treball que era preceptiu, així com aquells altres que considerés oportuns, l'autoritat laboral comptava amb un termini de trenta dies naturals per resoldre la sol·licitud. Segons es

⁷⁶³ BLASCO SEGURA, B, "La extinción del contrato de trabajo por causas tecnológicas o económicas: el expediente de regulación de empleo", op.cit, pàg. 585: en relació amb aquesta previsió, entén que l'art 12 del RD era il·legal per xocar amb el principi de jerarquia normativa constitucionalment reconegut, art 9.3 CE. MOLERO MANGLANO, C, "Los expedientes de regulación de empleo y sus problemas básicos II", op.cit, Pàg. 569. El primer problema que planteja aquesta previsió és en relació amb la seua legalitat, en la mesura que l'art 51 ET no establia aquella possibilitat.

desprenia de l'ET, aquest termini començava a transcórrer a partir de la presentació de la sol·licitud o a partir de l'esmena dels errors.

En qualsevol cas, la resolució de l'autoritat laboral havia de decidir sobre totes les qüestions plantejades pels interessats i sobre aquelles que podien derivar de l'expedient, art 15 RD 696/1980. És més, d'acord amb aquell precepte l'autoritat laboral podia proposar o acordar altres tipus de mesures, encara que aquestes no hagueren estat sol·licitades per les parts. Tanmateix, recollia una excepció: les indemnitzacions. En aquest supòsit el RD 696/1980 remetia el coneixement dels possibles conflictes a l'ordre social, art 20.

La doctrina⁷⁶⁴ va interpretar l'art 15 en el sentit que l'autoritat laboral havia de limitar-se a constatar si es donaven o no les circumstàncies que justificaven les extincions. Tanmateix, la resolució administrativa no necessàriament havia de ser congruent amb allò sol·licitat, i la prova d'això és precisament que l'art 15 del RD 696/1980 permetia que l'autoritat laboral proposés mesures distintes de les proposades per les parts. Aquesta possibilitat a més de no estar prevista en l'ET era excessiva perquè li atorgava a l'Administració la capacitat de modificar les relacions laborals i podia xocar amb el principi d'autonomia de les parts. Aquests fets ens permeten afirmar que en el procediment de regulació d'ocupació predominava un destacat intervencionisme administratiu.

Per la seua banda, la reforma de 1994 va tractar d'agilitar el procediment de regulació d'ocupació mitjançant dues actuacions: per una part, reduint alguns terminis. L'actual regulació estableix que en cas de desacord l'autoritat laboral comptarà amb un termini de quinze dies en compte de trenta per dictar la resolució. Per altra part, malgrat que el legislador conserva l'estructura del procediment vigent durant l'ET de 1980, aquest ha convertit en simultànies les dues etapes del procediment amb l'objectiu de dotar-lo de major celeritat. No obstant això, com veurem més endavant, aquesta reducció dels terminis no està exempta d'alguns inconvenients.

Bona part d'aquests canvis estaven condicionats per l'aprovació de la Llei 30/1992, una norma que a patit en els darrers temps algunes modificacions que repercuteixen també en el procediment de regulació d'ocupació, sobretot pel que fa al tema dels recursos. En qualsevol cas, la influència d'aquesta norma és notable, no hem d'oblidar que el procediment de regulació d'ocupació malgrat les seues peculiaritats no deixa de ser un procediment administratiu que es regula bàsicament per una norma específica: el RD 43/1996, però li és d'aplicació de forma supletòria les previsions de la Llei 30/1992.

Un dels aspectes sobre el qual més va influir la Llei 30/1992 sobre el procediment de regulació va ser respecte al silenci administratiu. Així és, d'acord amb les prescripcions recollides en la Llei 30/1992 el silenci administratiu es converteix en positiu. En l'exposició de motius de la Llei 30/1992 el legislador explica que "la Llei introdueix un concepte nou sobre la relació de l'administració amb el ciutadà que supera

⁷⁶⁴ ALBIOL MONTESINOS, I, "Extinción por causas tecnológicas o económicas y fuerza mayor", en D.A, "Comentarios a las leyes laborales", op.cit, pàg. 325. BLASCO SEGURA, B, "La extinción del contrato de trabajo por causas tecnológicas o económicas: el expediente de regulación de empleo", op.cit, pàg. 588.

la doctrina de l'anomenat silenci administratiu. Es podria dir que aquesta Llei estableix el silenci administratiu positiu, canviant la nostra norma tradicional".

Segons explica el legislador, el caràcter positiu de la iniciativa de l'administració és la garantia que s'estableix quan no es compleix l'objectiu vertader de la Llei, que és que els ciutadans obtinguen una resposta expressa de l'Administració i sobretot, que l'obtinguen en el termini establert. El silenci administratiu ha de ser la garantia que impedisca que els drets dels particulars es buiden de contingut quan la seua Administració no atén eficaçment i amb la celeritat deguda.

D'acord amb allò dit en l'art 89.2 de la Llei 30/1992, el legislador va recollir expressament l'obligació que la resolució de l'autoritat laboral fos motivada i congruent amb allò sol·licitat, art 51.6 ET. D'aquesta forma es tracta de corregir aquella actuació de l'autoritat laboral que emparant-se en l'art 15 del RD 696/1980 podia proposar mesures diferents a les sol·licitades per les parts, quan el període de consultes finalitzés sense acord. A partir d'aquests canvis, l'Administració haurà de limitar-se a autoritzar les mesures sol·licitades per l'empresari en la seua totalitat o parcialment o denegar la sol·licitud d'aquest. Però en cap cas podrà anar més enllà i substituir l'empresari i proposar noves mesures. És a dir, que el seu pronunciament no es podrà moure en el terreny de l'oportunitat de les mesures, i això implica que no podrà denegar l'autorització per extingir els contractes i proposar mesures alternatives.

2) INCOACIÓ DE L'EXPEDIENT:

2.1) LES PARTS INTERESSADES EN EL PROCEDIMENT:

Com sabem, el procediment de regulació d'ocupació s'iniciarà amb caràcter general mitjançant una sol·licitud de l'empresari a l'autoritat laboral competent en la qual sol·licitarà autorització per extingir els contractes de treball i dur endavant el seu projecte. Excepcionalment, aquest podrà ser iniciat pels mateixos treballadors a través dels seus representants, quan creguen racionalment que, si l'empresari no inicia el procediment, això els pot ocasionar perjudicis greus o de difícil reparació, 51.9 ET art 7 del RD 43/1996.

En principi, no existeix cap problema en relació amb aquestes dues formes d'inici del procediment, ja que el mateix art 3 i 4 del RD 43/1996 estima que tindran la consideració de part interessada en el procediment de regulació d'ocupació: l'empresa i els treballadors, a través dels seus representants legals. El precepte en qüestió recull allò dit en l'art 51.4 ET encara que l'ET només es refereix als representants dels treballadors com a part interessada en el procediment, mentre la norma de desenvolupament atorga la consideració d'interessat a ambdues representacions: la de l'empresari i la del treballadors.

Segons les normes laborals, la condició d'interessat la tindran uns subjectes que no es trobaran afectats pel resultat de l'autorització administrativa, ja que l'autorització per a poder extingir els contractes afectarà els treballadors. Només aquest fet, ja ha generat algunes crítiques i s'ha criticat l'equiparació que fa el precepte de les dues

representacions: la de l'empresa i la dels treballadors⁷⁶⁵. Però a més, d'aquesta falta de rigor, és més criticable la restricció que el RD 43/1996 fa del concepte d'interessat en relació amb la Llei 30/1992.

Malgrat que és cert que el procediment de regulació d'ocupació és un procediment administratiu especial, la regulació del qual està prevista en l'art 51 ET i en el RD 43/1996 i la Llei 30/1992 només s'aplicarà supletòriament, aquest fet no justifica la restricció que el RD 43/1996 fa del concepte "d'interessat" en relació amb la regla general recollida en l'art 31 de la Llei 30/1992, i segon aquesta darrera norma, el procediment podrà ser iniciat per la persona interessada, art 68 Llei 30/1992.

La condició d'interessat la tindran aquells que insten el procediment com a titulars de drets o interessos legítims, individuals o col·lectius, és a dir, l'empresari, art 31.1.a, però també els treballadors podran ser interessats perquè la Llei 30/1992 preveu que ho seran aquells que sense haver iniciat el procediment, ostenten drets que poden ser afectats per la decisió finalment adoptada o aquells que els seus interessos, individuals o col·lectius, poden resultar afectats per la resolució i es personen en el procediment, art 31.1.c Llei 30/92.

Així doncs, que a partir de la interpretació conjunta dels art 3 i 4 del RD 43/1996 i l'art 31.b o 31.c de la Llei 30/1992 hem d'interpretar que les normes laborals no neguen la condició d'interessat als treballadors, aquests la ostentaran segons les regles generals⁷⁶⁶ i en els termes recollits en la Llei 30/1992. L'ET i el RD 43/1996 únicament assenyalen que aquesta condició també la tindran els representants dels treballadors.

Segons aquest plantejament, les notificacions i la resta d'actuacions instades per l'Administració s'hauran de realitzar amb els representants dels treballadors, però només per agilitar el procediment. Tant és així, que quan no existeix representació col·lectiva dels treballadors al centre o als centres de treball, els treballadors estan legitimats per poder intervenir en el procediment, art 31.1.c Llei 30/1992. Això sí, "si són deu o més treballadors hauran de designar un màxim de cinc representants", amb els quals l'Administració realitzarà les corresponents actuacions, art 4 RD 43/1996. El problema que planteja aquest supòsit consisteix en el fet que ni l'ET ni la norma de

⁷⁶⁵ MONEREO PÉREZ, JL, FERNÁNDEZ AVILÉS, JA, "El Despido Colectivo en el derecho español", op.cit, pàg. 215. NORRES TORRES, L.E, "El desarrollo reglamentario del art 51 del ET: El procedimiento de regulación de empleo en el RD 43/1996, de 19 de gener", op.cit, pàg. 355: Assenyalava l'autor que és precís matisar la distinta significació de l'expressió "representants legals del treballadors". En relació amb l'empresari és tracta d'una representació voluntària de naturalesa jurídica privada i en relació amb els treballadors, apunta que és tracta d'una representació institucional i de caràcter forçós.

⁷⁶⁶ NAVARRO NIETO, F, "Los Despidos Colectivos", op.cit, pàg. 218 i 219, es pronuncia en contra d'aquest plantejament i exposa els següents arguments: el procediment es mou en un pla col·lectiu per això es concreta la legitimació dels treballadors a través dels seus representants. La teoria que atribueix als treballadors la condició d'interessat xoca amb la idea de celeritat del procediment, un principi imprescindible en el procediment de regulació d'ocupació, ja que exigiria l'extensió del títol d'interessat a tots els treballadors de l'empresa. DESDENTADO, DAROCA, E, la intervención administrativa en los despidos colectivos: naturaleza y procedimiento", en D.A, BAYLOS GRAU, AP, "La reforma laboral de 1994", Madrid, ed. UCM, 1996, pàg. 225. Segons explica, els treballadors són també interessats en el procediment, ja que són titulars d'interessos individuals que poden ser afectats per la decisió finalment adoptada. A més, per a defensar-los no necessàriament ho han de fer a través dels seus representants, art 31.1.b Llei 30/1992, ja que no resulta lògic que la defensa d'un interès purament individual s'atorgue de forma excloent als representants dels treballadors, perquè les seues atribucions estan relacionades amb la protecció d'interessos col·lectius. La funció d'aquests representants queda d'aquesta forma reduïda a la defensa dels interessos vertaderament col·lectius.

desenvolupament de l'art 51 ET aclareixen les regles d'actuació ni com han de prendre les decisions, principalment en relació amb el període de consultes i amb l'acord⁷⁶⁷ que han d'adoptar.

2.2) LA DETERMINACIÓ DE L'AUTORITAT LABORAL COMPETENT:

Com s'ha comentat, la sol·licitud d'inici del procediment haurà de ser enviada a l'autoritat administrativa corresponent. Així doncs, que d'acord amb el model territorial autonòmic dissenyat constitucionalment, l'art 2 del RD 43/1996 i els Decrets de transferència de competències a les Comunitats Autònomes procedeixen a determinar l'autoritat laboral competent a efectes de tramitar el corresponent expedient de regulació d'ocupació. D'acord amb aquests plantejaments i amb aquestes normes, la distribució de competències va quedar en els següents termes:

En primer lloc, quan es tracte de Comunitats Autònomes que no tenen transferides competències sobre aquesta matèria, la competència sobre l'expedient de regulació d'ocupació i la competència per a dictar la corresponent resolució correspondrà al Director provincial de Treball o a la Direcció General de Treball. Així doncs, correspondrà al *Director provincial* quan el projecte no afecte més de dos-cents treballadors. En canvi, la competència per a dictar la resolució administrativa la tindrà la *Direcció General de Treball* quan: el projecte d'acomiadament afecte diverses empreses o centres ubicats en diferents províncies d'una mateixa Comunitat Autònoma. Quan l'autorització administrativa afecte centres de treball o treballadors radicats en dos o més Comunitats Autònomes, o quan el projecte d'acomiadament afecte més de dos-cents treballadors o aquest tinga una especial rellevància social.

En segon lloc, quan la Comunitat Autònoma tinga transferida la competència sobre aquesta matèria, la competència per a resoldre el procediment la tindrà l'òrgan designat per la Comunitat Autònoma. No obstant això, en algunes ocasions l'òrgan autonòmic que tinga transferida la competència haurà de sol·licitar algun informe a l'Administració Estatal.

En el nostre cas, el Decret de Transferència sobre traspàs de funcions en matèria d'expedients de regulació d'ocupació, Decret 262/1985, 23 de gener, estableix que l'autoritat instructora de l'expedient haurà de recabar preceptivament informe previ de l'Administració estatal en dos supòsits: quan es tracte d'expedients incoats per empreses amb més de cinc-cents treballadors o a efectes que l'autoritat administrativa pugui tenir en consideració les possibles repercussions que l'expedient pot provocar indirectament en centres de treball radicats fora de la Comunitat Autònoma., art 1.b i 1.c.

2.3) ESMENA DELS ERRORS DE LA SOL·LICITUD:

Com s'ha posat en relleu, el procediment de regulació d'ocupació s'inicia sempre a instància de part, és a dir, a instància de l'empresari o dels treballadors, però la instrucció administrativa del procediment és impulsada d'ofici⁷⁶⁸, una instrucció que

⁷⁶⁷ RODRÍGUEZ RAMOS, M.J, "El procedimiento", en D.A, "El despido. Análisis y aplicación práctica". Op.cit, pàg. 513: En relació amb aquesta qüestió, considera que els acord hauran de ser adoptats per majoria com específica l'art 51 ET respecte als representants dels treballadors.

⁷⁶⁸ PARADA, R, "Derecho Administrativo I", Madrid, ed. Marcial Pons, 2004, pàg. 222 i 223: El principi contradictori atribueix el protagonisme i la major iniciativa en el procediment a les parts, de forma que és

comença pràcticament des que l'autoritat laboral rep la sol·licitud de l'empresari sol·licitant autorització per extingir els contractes de treball. La sol·licitud anirà acompanyada de la documentació sobre el desequilibri empresarial i sobre la resta de mesures incloses en el projecte d'acomiadament. Concretament, l'empresari haurà de remetre a l'Administració:

En primer lloc, la memòria explicativa de la causa econòmica i pel que fa a la resta de les causes, els informes, plans o projectes on es pose en relleu el desequilibri que afecta l'empresa i les mesures que pretén adoptar i com aquestes ajudaran a assegurar la viabilitat futura de l'empresa. En segon lloc, exposarà el número i categoria dels treballadors habitualment ocupats a l'empresa al darrer any, així com els treballadors que seran afectats, criteris de selecció i el període dins del qual es produiran les extincions. En darrer lloc, presentarà el pla d'acompanyament social, quan així ho exigisca la norma i l'informe dels representants dels treballadors.

Aquesta documentació es reduirà considerablement quan l'expedient és incoat pels treballadors, ja que en aquest cas només hauran d'aportar la memòria explicativa de les causes, proves dels perjudicis que els pot ocasionar la no incoació del procediment i la comunicació feta a l'empresari i la seua contestació, art 7 del RD 43/1996.

A més a més, com el període de consultes i el procediment administratiu, més concretament la instrucció de l'expedient de regulació d'ocupació, transcorren simultàniament en el temps, quan el procediment siga incoat per l'empresari aquest haurà de fer arribar a l'autoritat laboral l'escrit d'inici del període de consultes per tal que aquesta tinga coneixement de l'inici efectiu de les negociacions amb els representants dels treballadors

Així doncs, una vegada l'autoritat laboral ha rebut la sol·licitud amb la documentació necessària, l'Administració haurà de realitzar un mínim control i comprovar que la sol·licitud reuneix tots els requisits i si no és així, en el termini de deu dies l'autoritat laboral haurà de comunicar a l'empresari aquesta situació i obrir un termini de deu dies perquè aquest esmene els possibles defectes. Així doncs, cal analitzar dues coses: l'abast que tindrà el requeriment d'esmena i els terminis i les conseqüències que es derivaran de l'incompliment d'aquest requeriment.

Començarem per l'abast que tindrà el requeriment d'esmena de la sol·licitud. Tenint en compte l'art 6 del RD 43/1996, hem d'entendre que tota la documentació recollida en aquell precepte té una naturalesa obligatòria per a l'empresari. De tal forma que una vegada l'autoritat laboral té en el seu poder la sol·licitud haurà de comprovar que aquesta està acompanyada de tots els documents exigits per l'art 6 del RD 43/1996.

Del tenor de l'art 6 del RD 43/1996 hem de deduir que el requeriment d'esmena pot referir-se a qualsevol document previst en aquell precepte: memòria de les causes,

a instància d'aquestes com es passa d'una fase a altra. Tanmateix, l'instructor del procediment administratiu no és un autòmat impassible de l'activitat de les parts i que es troba vinculat rígidament per les seues posicions d'impuls del procés o de petició de proves. Tot el contrari, dins de la major flexibilitat pren tota sort d'iniciatives i configura els terminis. Així doncs, el procediment es conduirà ordinàriament d'acord amb el principi inquisitiu i d'impulsió d'ofici que dona llibertat a l'instructor per tal de dirigir les actuacions.

proposta d'acomiadament amb els criteris de selecció, informe dels representants dels treballadors, pla de viabilitat o pla d'acompanyament social. A més, el requeriment de l'autoritat laboral a l'empresari pot consistir a exigir-li que presente alguns d'aquells documents perquè no els ha aportat amb la sol·licitud o l'esmena es pot referir senzillament a completar o millorar la informació recollida en alguns d'aquells documents.

Aquesta interpretació sembla lògica si pensem que l'autoritat laboral a l'hora d'emetre la resolució administrativa haurà de valorar el projecte d'acomiadament i valorar concretament, si existeix vertaderament un desequilibri que amenaça la continuïtat de l'empresa i si les mesures recollides en la proposta d'acomiadaments són necessàries. Però és més, la resolució administrativa haurà d'estar motivada, especialment quan el període de consultes conclou sense acord, ja que en aquest cas l'Administració ha de resoldre i triar si autoritza o no el projecte presentat per l'empresari.

Per tal que l'Administració pugua valorar les qüestions exposades fins aleshores, aquesta comptarà amb dos tipus d'informació: la presentada per l'empresari i la que ha aconseguit durant la instrucció de l'expedient. Així doncs, sembla lògic que pugua exigir a l'empresari que complete o amplie la documentació presentada inicialment si entén que aquesta és insuficient, ja que aquests documents han de servir-li per tal de fer un judici de valor i pronunciar-se sobre allò sol·licitat. A més, aquesta possibilitat està prevista en la llei 30/1992 i en ella es diu que en els procediments iniciats a través de la sol·licitud dels interessats, l'òrgan competent podrà recabar del sol·licitant la modificació o la millora voluntària dels termes d'aquella. En aquest sentit, caldrà alçar una acta i incorporar-la al procediment, art 71.3.

Segons aquesta possibilitat, pot ocórrer que l'autoritat laboral entenga que el pla social és insuficient, ja que les dimensions de l'empresa, la seua situació i els recursos que presumiblement té li permeten proposar altre tipus de mesures destinades a reduir l'abast de la reestructuració. En aquest sentit, l'autoritat laboral podrà requerir a l'empresari perquè aquest esmene aquest document i el complete.

Aquesta possibilitat em sembla prou important i factible per diferents raons. En primer lloc, malgrat que és cert que l'autoritat laboral no ha d'entrar a valorar la conveniència d'aquestes mesures i no pot proposar noves propostes alternatives, si que ha de verificar que existeixen mesures destinades a reduir els acomiadaments i els seus efectes negatius i que l'empresari ha tractat de reduir l'abast de la reestructuració, ja que la presentació del pla social és obligatori en els termes expressats en l'art 6 del RD 43/1996. Però a més, el pla social serà necessari també per tal que l'autoritat laboral valore la proporcionalitat del projecte d'acomiadament col·lectiu, de tal forma que si no té un pla social amb un contingut mínim difícilment podrà realitzar aquesta valoració.

Però més important encara, el requeriment realitzat per l'autoritat laboral a l'empresari destinat a que aquest millore mínimament i dins de les possibilitats de l'empresa el pla social o el de viabilitat, pot solucionar possibles problemes futurs. Així és, sobretot quan les consultes conclouen sense acord i l'autoritat ha de pronunciar-se sobre el fons de la qüestió i decidir i emetre una resolució autoritzant o denegant íntegrament o parcialment allò sol·licitat per l'empresari.

En aquestes circumstàncies, l'autoritat es pot trobar amb el problema de no tenir un mínim pla social que li permeta valorar la proporcionalitat del projecte d'acomiadament. Però més perillós encara, es pot veure obligada a autoritzar uns acomiadaments sense que existesca un pla social o de viabilitat en condicions destinat a reduir l'impacte de la reestructuració. Aquesta possibilitat es pot plantejar en més d'una ocasió, si pensem que a través de les negociacions les parts tractaran de millorar el pla presentat inicialment per l'empresari, però si no hi ha acord durant les consultes no es pot millorar i completar aquell document.

Tornant a la idea principal, si en el termini de deu dies des que va ser requerit per esmenar la sol·licitud, l'empresari no ho fa, entendrem que aquest ha desistit de la seua petició. Tanmateix, convé destacar dues qüestions respecte als terminis: en primer lloc, la Llei 30/1992 preveu que aquest termini podrà ampliar-se fins a cinc dies més quan l'aportació dels documents requerits presente dificultats especials. En segon lloc, sembla que el termini d'esmena paralitza l'expedient. És a dir, que fins que l'empresari no esmene els possible defectes de la sol·licitud no començaran a transcórrer els terminis del període de consultes i els terminis per a emetre els informes que han de formar part de l'expedient, art 6.2 RD 43/1996.

Així doncs, la primera conclusió que podem extreure de tot el que hem dit fins aleshores és la següent: una vegada han obert el període de esmena, ens podem trobar amb diferents situacions: que l'empresari esmene els errors i continuem amb el procediment. Que no els esmene, amb la qual cosa entendrem que ha desistit de la seua pretensió i arxivarem les actuacions o pot ocórrer que no esmene els errors, però l'empresari continua amb la seua intenció d'acomiar. En aquest darrer supòsit, si l'empresari decidira finalment dur endavant els acomiadaments, hauríem d'entendre que els acomiadaments són nuls per no haver seguit el procediment previst i concretament, per no haver aconseguit la prèvia autorització administrativa, art 124 LLPL.

Per altra banda, l'esmena de la sol·licitud en el termini legal reactiva el procediment, és a dir, que es posen en marxa els terminis de les diferents fases de l'expedient de regulació d'ocupació i començaran a transcórrer els terminis del període de consultes i els terminis per sol·licitar i emetre els corresponents informes. Així i tot, malgrat haver esmenat els possibles defectes de la sol·licitud, l'empresari pot veure frustrades les seues intencions de materialitzar el seu projecte d'acomiadament. Així doncs, pot ocórrer que després d'esmenar els errors i després que l'autoritat laboral haja examinat la sol·licitud completa, aquesta estime que no reuneix els requisits de l'art 51.1 ET, aleshores declararà *la improcedència de la sol·licitud* d'acomiadament col·lectiu, art 13 RD 43/1996.

Aquest nou apartat té unes implicacions més importants d'allò que sembla aparentment, ja que allò que permet realment és que l'autoritat laboral realitze un primer control sobre el projecte d'acomiadament. És més, del tenor de l'art 13 del RD 43/1996 hem de deduir que, en principi, el legislador pretén que l'Administració realitze un control material i no formal de projecte d'acomiadament.

Aquesta idea es basa en el fet que l'art 13 RD 43/1996 preveu que si la sol·licitud no reuneix els requisits de l'art 51.1 ET: l'element causal i teleològic, numèric o temporal, l'autoritat laboral haurà de declarar la improcedència de la sol·licitud. És a dir, que teòricament l'autoritat laboral haurà de valorar en aquest

moment, si existeix un desequilibri que justifica l'acomiadament, si els acomiadaments superen els límits legals, si existeix algun frau en relació amb el còmput de treballadors i clar està, i si existeix alguna conducta fraudulenta sobre l'element temporal.

Certament, com ha destacat la doctrina⁷⁶⁹, tractar de fer aquest control en aquest moment del procediment és pretendre molt, perquè cal destacar que en aquest moment l'autoritat laboral no comptarà amb la informació suficient per poder realitzar aquesta valoració. Recordem que la instrucció de l'expedient encara no s'ha iniciat i per tant, l'autoritat laboral no té els informes necessaris per valorar el desequilibri empresarial. Aquestes circumstàncies fan que tendim a atenuar el tipus de control que ha de realitzar l'autoritat laboral i el reduïm a un control més formal que material.

Així és, en aquest moment del procediment, com a molt, l'Administració podrà comprovar que els acomiadaments programats superen els límits legals i que respecten l'arc temporal de referència i ho podrà fer, perquè en aquest moment té la informació sobre els treballadors habitualment ocupats. No obstant això, aquesta informació tampoc és molt fiable perquè l'empresari ha pogut realitzar alguna conducta fraudulenta en relació amb aquestes qüestions i de moment l'autoritat laboral no pot comprovar aquests fets, malgrat que més endavant la Inspecció sí que podrà verificar aquestes dades.

Tanmateix, si recuperem les idees exposades anteriorment sobre el pla social i el pla de viabilitat s'obri una possibilitat perquè l'autoritat laboral realitzi un control sobre els elements constitutius de l'acomiadament col·lectiu i declare la improcedència de la sol·licitud. Certament, aquesta possibilitat és molt discutible perquè l'autoritat laboral no compta encara amb informació suficient per poder valorar en totes les seues dimensions el projecte empresarial, però de totes formes en principi considere que cabria aquesta possibilitat.

Com ja sabem, l'Administració no pot valorar la conveniència de les mesures socials, però aquests documents són necessaris per poder valorar la proporcionalitat del projecte de l'empresari, la necessitat dels acomiadaments i si han existit intents per reduir les dimensions de la reestructuració. De tal forma, que si l'autoritat laboral, després d'examinar el pla social i el de viabilitat així com la documentació sobre l'empresa i sobre el desequilibri, arriba a la conclusió que tenint en compte els recursos de l'empresa i les seues dimensions, així com la situació en la qual es troba, el pla social i el de viabilitat són totalment insuficients, podria declarar la improcedència de la sol·licitud per considerar que el projecte d'acomiadament és totalment desproporcionat amb la situació que afecta l'empresa i amb la resta de mesures incloses en el projecte.

No hem d'oblidar que per poder entendre justificat l'acomiadament col·lectiu no és suficient amb el fet que existesca un problema que amenaça la continuïtat de l'empresa, a més el legislador vincula la causa a un element teleològic. Per tant, la combinació dels dos elements fan que considerem l'acomiadament com una mesura de caràcter extraordinari. A més, vinculant la causa a unes finalitats, el legislador està posant en relleu que els acomiadaments han de ser una mesura necessària per a

⁷⁶⁹ MONEREO PÉREZ, JL, FERNÁNDEZ AVILÉS, JA, "El despido colectivo en el derecho español", op.cit, pàg. 273.

aconseguir els objectius de l'art 51 ET i per tant, no existeixen mesures menys traumàtiques destinades a superar el desequilibri empresarial

Finalment, la declaració de improcedència suposarà l'arxiu de les actuacions i la finalització de l'expedient. Si l'empresari segueix endavant amb el seu projecte d'acomiadament i extingeix finalment els contractes, haurem de considerar que aquests acomiadament són nuls per no haver obtingut l'autorització de l'administració, art 124 LLPL. En qualsevol cas, l'empresari sempre podrà recórrer la resolució administrativa que va declarar la improcedència de la seua sol·licitud i interposar el recurs corresponent.

Després de la reforma operada en la Llei 30/1992 a través de la Llei 4/1999 i que afectà entre altres aspectes els recursos administratius, hem d'entendre que l'empresari podrà interposar contra la resolució que va declarar la improcedència de la sol·licitud d'acomiadament col·lectiu un recurs d'alçada, un recurs que haurà de ser interposat en el termini d'un mes davant el superior jeràrquic de l'òrgan que la va dictar. A més, hem de recordar que aquest recurs s'aplicarà fins que es regule la modalitat corresponent com preveu la Disposició Addicional 5ª de la LLJCA que atorga la competència en matèria d'expedients de regulació d'ocupació a la jurisdicció social. No obstant, tot està supeditat a l'aprovació d'un futur projecte de llei que ha de regular aquestes qüestions i en el qual s'haurà de determinar la data a partir de la qual la jurisdicció social assumirà aquestes competències.

3) INSTRUCCIÓ DE L'EXPEDIENT DE REGULACIÓ:

Una vegada s'han esmenat els possibles errors de la sol·licitud per a extingir els contractes de treball, s'iniciaran les negociacions amb els representants dels treballadors i paral·lelament l'autoritat laboral començarà la instrucció de l'expedient. No obstant això, abans d'entrar plenament en la instrucció de l'expedient, tal vegada siga convenient recordar que aquest funcionament del procediment de regulació d'ocupació difereix sensiblement del procediment que es seguia sota l'ET de 1980.

Durant la vigència de l'ET de 1980, si el període de consultes conclouia amb acord, l'autoritat laboral procedia sense cap altre tràmit, excepte escoltar l'entitat gestora de la prestació per desocupació a determinar les extincions. És a dir, que no existia pròpiament una instrucció administrativa de l'expedient amb l'objectiu de recabar els informes necessaris per fonamentar la resolució administrativa. La instrucció de l'expedient i l'obtenció dels corresponents informes només es produïa quan el període de consultes conclouia sense acord. En aquest cas, l'empresari sol·licitava autorització per extingir els contractes i l'autoritat laboral començava a recabar els corresponents informes: Inspecció de Treball i els dels organismes públics que considerés oportuns, art 51. 6 ET.

No obstant això, amb l'actual regulació jurídica la instrucció de l'expedient és produeix de forma simultània a les consultes i per tant, resulta indiferent que el període de consultes concloua amb acord o sense ell perquè tant en un cas com en l'altre, l'autoritat laboral sol·licitarà els informes necessaris que formaran part de l'expedient de regulació d'ocupació. El resultat de les consultes només influirà en el contingut de la resolució administrativa, si aquestes conclouen sense acord, perquè haurà de denegar o acceptar allò sol·licitat.

En qualsevol cas, la regulació actual del procediment de regulació d'ocupació planteja alguns inconvenients. Així és, els canvis introduïts per la Llei 11/1994 aconseguiren fer simultànies les dues fases del procediment: el període de consultes i la instrucció de l'expedient. Tanmateix, aquesta simultaneïtat del procediment que va ser introduïda amb l'objectiu d'aconseguir una major celeritat implica alhora una certa incomunicació entre ambdues fases.

Si analitzem amb cura el procediment, ens adonem que malgrat que ambdues fases transcorren paral·lelament, l'autoritat laboral no tindrà coneixement del desenvolupament de les consultes, ni de les possibles incidències que poden ocórrer fins que aquestes no finalitzen, la qual cosa impedeix una llavor mediatra per part de l'administració. Tal com es configura el període de consultes, que es considerat com una vertadera negociació col·lectiva, determinades intervencions per part de l'Administració durant el desenvolupament de les consultes poden ser considerades com una ingerència en el principi d'autonomia col·lectiva.

Tanmateix, no qualsevol actuació de l'Administració vulneraria aquest principi. En general, considere que l'autoritat laboral no necessàriament haurà de tenir un paper passiu respecte a les consultes, perquè aquesta podrà interessar-se per les negociacions o pels problemes que dificulten les consultes. Alhora podrà interessar-se per les posicions de les parts, amb la qual cosa s'atenuaria aquesta desconexió entre les dues fases del procediment⁷⁷⁰.

En qualsevol cas, sí que és cert que aquesta simultaneïtat és una diferència important respecte a la regulació comunitària, ja que la Directiva 98/59 preveu que les dues fases seran successives. Certament, l'empresari haurà de comunicar-li l'inici de les consultes, però a més, els representants dels treballadors li podran dirigir les seues eventuais observacions a l'autoritat laboral, art 3.2 Directiva 98/59, la qual cosa facilitarà l'activitat mediatra que té atribuïda l'autoritat laboral en el Dret Comunitari. Recordem que la Directiva obri un termini de temps perquè l'autoritat laboral busque solucions als problemes plantejats pels acomiadaments col·lectius, art 4.2.

En qualsevol cas, aquesta desconexió entre el desenvolupament de les consultes i el procediment administratiu tampoc és un problema insalvable, perquè d'acord amb les regles generals que regeixen en el procediment administratiu, també en el cas dels procediments de regulació d'ocupació està prevista l'audiència de l'expedient a les parts, art 84 Llei 30/1992 i 10 del RD 43/1996, un moment durant el qual aquestes podran posar en coneixement de l'Administració no només noves proves, sinó també nous fets i al·legacions i podran aprofitar per exposar les possibles incidències que s'han produït durant les consultes. A més, en qualsevol cas, l'autoritat laboral podrà tenir coneixement del contingut de les consultes a través de les actes que li han de fer arribar les parts quan conclouen les negociacions, art 8.2 RD 43/1996.

Per altra banda, aquesta desconexió entre ambdues fases no només afectarà l'autoritat laboral, que en principi no tindrà coneixement del funcionament de les consultes, sinó que aquesta situació afectarà també l'empresari i els representants dels treballadors, els quals en principi desconexaran l'estat en què es troba la instrucció de

⁷⁷⁰ GONZÁLEZ DE LANA, F, "Regulación de empleo y administración laboral", op.cit, pàg. 60.

l'expedient, és a dir, que no tindran coneixement dels informes que té l'Administració ni del seu contingut.

Aquesta situació és un poc desafortunada perquè els que es troben negociant l'expedient poden estar interessats en els documents que obren en poder de l'Administració i els podrien analitzar durant les negociacions. Tanmateix, aquesta situació tampoc esdevé insalvable perquè d'acord amb les regles generals, els interessats en el procediment tenen dret a saber en qualsevol moment, l'estat de tramitació del procediment i ha obtenir còpies dels documents que formen part d'ell, art 35.a Llei 30/1992.

Fets aquests aclariments hem de començar analitzant el contingut i el desenvolupament d'aquesta fase del procediment de regulació d'ocupació. Així doncs, d'acord amb aquests plantejaments, la instrucció de l'expedient es realitzarà d'ofici per l'autoritat laboral i transcorrerà paral·lelament en el temps al desenvolupament de les consultes. És a dir, que d'acord amb les regles generals, el procediment es regirà pel principi d'oficialitat, la qual cosa no impedeix, com veurem més endavant, que els interessats puguin proposar altres actuacions, art 78.1 Llei 30/1992.

A través de l'activitat instructora, l'autoritat laboral tractarà d'aconseguir tota la informació que necessita amb l'objectiu de poder fonamentar la seua posterior resolució administrativa. L'activitat instructora consistirà bàsicament a realitzar tots els actes necessaris per tal de determinar, conèixer i comprovar les dades sobre les quals haurà de pronunciar-se en l'autorització administrativa. Per tant, malgrat les peculiaritats del procediment de regulació d'ocupació, durant la fase d'instrucció es podran realitzar diferents actuacions: al·legacions, proves, informes i audiència, art 78 i següents de la Llei 30/1992.

Dit açò, convé destacar el fet que el procediment previst per als acomiadaments col·lectius manté algunes peculiaritats respecte al procediment administratiu comú i que afecten també la fase d'instrucció, unes diferències que en tot cas són compatibles amb les normes generals recollides en la Llei 30/1992. La primera diferència rellevant consisteix en el fet que algunes de les actuacions esmentades anteriorment: al·legacions, i proves, és realitzen en finalitzar la instrucció, és a dir, durant l'audiència de l'expedient a les parts, art 10 del RD 43/1996.

Així doncs, una vegada finalitzada la instrucció de l'expedient i les consultes, l'autoritat donarà audiència de l'expedient a les parts perquè es puguin tenir en compte en la resolució *altres fets, al·legacions* o *proves* diferents a les adduïdes per elles. A partir d'aquestes idees podem dir que en els procediments de regulació d'ocupació, la instrucció consistirà bàsicament a aconseguir determinats informes sobre qüestions concretes relacionades amb el projecte d'acomiadament presentat per l'empresari i que permetran a l'autoritat laboral tenir suficients elements de judici per dictar la resolució administrativa, art 9 del RD 43/1996.

En qualsevol cas, i com veurem més endavant, res impedeix que els interessats en el procediment puguin realitzar al·legacions o sol·licitar la pràctica de proves en un moment anterior al tràmit d'audiència. D'acord amb allò dit en l'art 79 de la Llei 30/1992, les parts en qualsevol moment del procediment anterior a l'audiència de l'expedient podran adduir al·legacions o aportar documents o altres elements de judici.

Seguint amb aquestes previsions, no hauria d'existir cap problema perquè l'empresari realitzi al·legacions o aporte documents sobre allò que sol·licita, és a dir, en relació amb el seu projecte d'acomiadament col·lectiu. Per altra part, tampoc ha d'haver cap problema perquè els representants dels treballadors puguin formular les seues al·legacions o aportar altres elements de judici amb la finalitat de qüestionar la pretensió de l'empresari. Tanmateix, com veurem seguidament, aquesta possibilitat si no es matisa podria plantejar algun problema amb el principi de bona fe que regeix les consultes.

Avançant un poc més sobre aquesta matèria, durant la instrucció de l'expedient es tractarà de fer les actuacions necessàries per determinar i provar les qüestions sobre les quals haurà de pronunciar-se l'autoritat laboral. Així doncs, que d'acord amb el dit fins aleshores, el principi d'oficialitat també regeix en matèria probatòria⁷⁷¹. De tal forma, que l'Administració obrirà d'ofici un període de prova quan la naturalesa del procediment així ho exigisca o quan l'autoritat laboral tinga dubtes sobre la veracitat dels fets al·legats pels interessats. Tanmateix, els interessats també podran sol·licitar la pràctica de determinades proves. Ara bé, quan aquestes comporten despeses que no han de ser assumides per l'Administració, aquesta podrà sol·licitar una paga i senyal per les despeses a reserva de la liquidació definitiva.

En qualsevol cas, la pràctica de la prova es realitzarà durant un període temporal no superior a trenta dies ni inferior a deu i en la notificació haurà de constar la data, l'hora i el lloc on es practicaran les proves. En relació amb els mitjans de prova, es diu que els fets rellevats es podran acreditar per qualsevol mitjà de prova admès en Dret. És a dir, que opten pel sistema de "numerus apertus" i d'altra banda, només podrà rebutjar les proves proposades pels interessats quan aquestes siguin clarament improcedents o innecessàries.

En qualsevol cas, els procediments de regulació d'ocupació, malgrat que són també un procediment administratiu, mantenen diferents diferències respecte al procediment comú. Així doncs, sense negar les possibilitats analitzades en els darrers paràgrafs, el RD 43/1996 recull un esquema un tant diferent. En aquest sentit, la instrucció de l'expedient de regulació d'ocupació quedarà reduïda pràcticament a recabar determinats informes que serviran per tal d'aportar elements de judici a l'Administració i fonamentar la posterior resolució administrativa, art 9 del RD 43/1996.

Posteriorment, una vegada han conclòs les consultes i la instrucció de l'expedient i abans de dictar la corresponent resolució administrativa, l'autoritat laboral haurà de donar audiència de l'expedient als interessats i aquests podran formular al·legacions, fets i proves, art 10 RD 43/1996. Però com s'ha comentat, les previsions de

⁷⁷¹ DESDENTADO DAROCA, E, "La intervención administrativa en los despidos colectivos: naturaleza y procedimiento", en D.A., "La reforma laboral de 1994", op.cit, pàg. 221. En relació amb aquestes qüestions diferencia dues situacions: la primera fa referència a l'actuació de l'Administració en un procediment lineal, on no és un subjecte imparcial sinó part interessada. En aquests casos, ha de protegir l'interès públic afectat pel procediment i ha d'ordenar d'ofici la pràctica de la prova. En canvi, en els procediments triangulars, l'Administració deixa de ser part interessada i es converteix en part imparcial. Aquesta posició d'imparcialitat afecta les regles que han de regir la carrega de la prova, que deixarien d'estar inspirades pel principi d'oficialitat i seguirien les regles del procediment civil.

l'art 10 no impedeixen que els interessats puguin aportar documents o formular al·legacions en un moment anterior al tràmit d'audiència.

3.1) ELS INFORMES QUE FORMEN PART DE L'EXPEDIENT DE REGULACIÓ D'OCUPACIÓ:

El primer pas de la instrucció de l'expedient de regulació d'ocupació consistirà a transmetre la comunicació d'inici del procediment amb la resta de documentació a l'entitat gestora de la prestació per desocupació perquè emeta el possible informe, art 9 RD 43/1992. Aquest informe pot estar justificat si tenim present que algunes de les mesures previstes en el projecte: acomiadaments, prejubilacions o jubilacions anticipades suposaran importants despeses públiques que es traduiran en les prestacions que aquests treballadors hauran de rebre una vegada es produeixi l'extinció dels seus contractes, i principalment perquè ambdues parts poden pactar un acord sobre la reestructuració amb un ànim fraudulent.

Malgrat que el legislador recull la possibilitat explícita de realitzar aquest informe, la redacció de l'art 9 del RD 43/1996 no concreta ni la naturalesa que tindrà ni el seu contingut. No obstant això, per aplicació de la regla general recollida en l'art 83 Llei 30/1992 hem d'entendre que l'informe serà facultatiu i no vinculant, ja que a més a més l'art 9 només diu que l'autoritat laboral remetrà la documentació que té en el seu poder a l'entitat gestora de la prestació a efectes de la *possible emissió de l'informe*.

L'art 9 del RD 43/1996 tampoc diu res respecte al termini fixat per realitzar-lo però aplicant la regla general recollida en la Llei 30/1992 hem d'entendre que l'entitat gestora compta amb un termini de deu dies per tal d'evacuar l'informe, excepte quan el compliment dels terminis del procediment permeti o exigisca altre termini major o menor, art 83.2 Llei 30/1992. No obstant això, com aquest informe no té un caràcter preceptiu, si l'òrgan corresponent no l'emet en el termini assenyalat, l'autoritat laboral podrà seguir amb les actuacions, art 83.3 Llei 30/1992.

Abans de continuar sobre les notes característiques d'aquest informe, cal fer una matisació en relació als terminis per sol·licitar i emetre els informes. Per altra banda, aquesta matisació és vàlida per a tots els informes que l'autoritat ha de sol·licitar i que formaran part de l'expedient. Com el RD 43/1996 no diu res sobre si els terminis per recabar i realitzar els informes fan referència a dies naturals o hàbils entendrem, per aplicació de la regla general recollida en la Llei 30/1992, que els terminis són en dies hàbils, excepte quan la norma estableixi altra cosa, art 48.1 Llei 30/1992.

Pel que fa al seu contingut, si tenim en compte la previsió recollida en l'art 11 del RD 43/1996, l'esmentat informe tractarà de valorar si a través de l'expedient és pretén o no l'obtenció indeguda de la prestació per desocupació per part de l'empresari i dels treballadors. Així doncs, en més d'una ocasió l'entitat gestora de la prestació per desocupació ha defensat en els seus informes no concedir la prestació per desocupació als treballadors prejubilats perquè no existia una perduda involuntària del lloc de treball⁷⁷².

⁷⁷² STS, 11 de febrer del 2003, Ar 3277.

3.1.1) L'INFORME DE LA INSPECCIÓ DE TREBALL:

A més de l'informe analitzat anteriorment, l'expedient es completarà obligatòriament amb l'informe de la Inspecció de Treball i amb aquells altres que pot sol·licitar l'autoritat laboral, si ho creu convenient. Així doncs, continuarem amb l'informe de la Inspecció de Treball. Aquest informe ja estava previst en l'ET de 1980 però només en el cas que el període de consultes acabés sense acord, perquè en cas contrari l'Administració sense cap altre tràmit, excepte escoltar l'entitat gestora de la prestació per desocupació, determinava les extincions, art 51.6 ET. Però a més, en la regulació de 1980 el legislador no concretava el seu possible contingut, és a dir, les qüestions sobre les quals s'havia de pronunciar la Inspecció. Aquests extrems han estat esmentats per la reforma de 1994.

A diferència del que s'ha dit respecte a l'informe de l'entitat gestora de la prestació per desocupació, l'informe de la Inspecció de treball serà preceptiu, ja que així ho preveu el legislador en l'art 9.1 RD 43/1996. L'autoritat laboral compta amb un termini màxim per sol·licitar l'informe. Concretament, aquesta disposarà de deu dies hàbils en empreses de cinquanta o més treballadors i de cinc en cas contrari, art 9 del RD 43/1996 i en tot cas, la Inspecció de treball comptarà amb un termini de deu dies hàbils a partir de la seua sol·licitud per a emetre l'oportú informe, art 83.2 Llei 30/1992.

No obstant això, el RD 43/1996 matisa els terminis i preveu que aquest informe haurà d'estar en poder de l'autoritat laboral abans de finalitzar les consultes, moment en el qual aquesta l'incorporarà a l'expedient, art 9.2 RD 43/1996. Aquesta darrer incís planteja alguns dubtes, al menys quan el període de consultes conclou amb acord abans del termini legal. Com sabem, les negociacions tindran una durada mínima de trenta o quinze dies naturals, depenent del cas, però si finalitzen abans del temps previst legalment es produiria una acceleració del procediment de regulació d'ocupació i dels terminis per emetre els informes.

Aquesta acceleració del procediment encara es pot notar més si tenim en compte que l'informe de la Inspecció ha d'estar en poder de l'autoritat laboral abans que finalitzen les consultes. Malgrat que aquesta agilitat dels terminis pot ser positiva, també és cert que pot dificultar la llavor investigadora de la Inspecció. No hem de passar per alt que si els terminis que té en circumstàncies normals no ajuden massa a l'hora d'investigar, menys encara li pot ajudar una possible reducció d'aquests terminis.

Així doncs, tenint present les raons expressades anteriorment, tal vegada allò més raonable en aquests supòsits és respectar el termini de deu dies que té la Inspecció per emetre l'informe, inclús en el cas que el període de consultes concloga abans del termini mínim⁷⁷³. En qualsevol cas, davant aquestes circumstàncies podria aplicar-se la previsió recollida en la Llei 30/1992 segons la qual, quan l'òrgan corresponent no emet l'informe preceptiu en el termini legal i aquest és determinant per a la resolució del procediment, es podrà interrompre els terminis dels tràmits successius, art 83.3. És a dir, que en el cas que les consultes finalitzen abans del termini mínim, sense que la Inspecció haja emes l'informe preceptiu, podem interrompre els terminis dels tràmits posteriors: audiència i resolució.

⁷⁷³ NAVARRO NIETO, F, "Los despidos colectivos", op.cit, pàg. 212. Considera que si el període de consultes es redueix o aquest no és necessari perquè existeix acord des de l'activació de l'expedient, hauríem de respectar el termini màxim que té la inspecció per tal d'emetre l'informe.

Seguint amb l'obligació de la Inspecció d'emetre el corresponent informe, cal continuar analitzant el seu possible contingut. El primer que hem de posar en relleu és el fet que l'actual regulació sobre aquesta matèria recollida en el RD 43/1996 ha contribuït a concretar el seu abast. Durant la vigència de l'ET de 1980 l'art 5.6 només recollia l'obligació que la Inspecció realitzés un informe que havia de ser motivat i que havia de tenir en compte la documentació de l'expedient, però no deia res sobre les qüestions sobre les quals havia de pronunciar-se.

Afortunadament aquestes deficiències han estat superades per la Llei 30/1992. Aquesta norma precisa que en la sol·licitud de l'informe haurem de concretar els extrems al voltant dels quals ha de pronunciar-se en l'informe. No obstant això, l'actual regulació recollida en el RD 43/1996 completa aquesta previsió i preveu textualment que aquest informe versarà sobre les causes que justifiquen l'expedient i sobre altres aspectes que resulten necessaris, art 9.2 RD 43/1996.

Dit açò i tenint en compte que aquest informe té com a objecte informar l'autoritat laboral i aportar-li elements de judici suficients perquè aquesta pugui fonamentar la posterior resolució, sembla que en ell la inspecció haurà de descriure el desequilibri que afecta l'empresa i que justifica l'expedient i realitzar no només una valoració jurídica sobre aquesta qüestió, sinó que a més sembla que n'haurà d'incloure una proposta.

Però a més de les causes, sembla que l'informe podrà analitzar i valorar altres qüestions diferents, al menys així es desprèn de l'art 9.2 RD 43/1996⁷⁷⁴. Totes aquestes idees suposen que malgrat que l'informe no vincula l'autoritat laboral, si aquesta es desvincula de la valoració jurídica realitzada per la Inspecció, haurà de motivar aquesta decisió i aportar raons de pes. Recordem que segons alguns pronunciaments judicials⁷⁷⁵, les actes i els fets ressenyats en els informes de la Inspecció de Treball gaudiran d'una presumpció clara de certesa respecte als fets constatats pels funcionaris de la Inspecció, sense perjudici de les proves que en defensa dels seus interessos i drets puguen aportar els interessats.

⁷⁷⁴ Així doncs, en l'ERO 7/03, 1ª instància. Rodrigo Sancho SA. Per causes econòmiques, l'informe de la Inspecció de Treball fa una valoració negativa del projecte d'acomiadament i exposa els següents arguments: en primer lloc, no s'entén massa bé l'entitat de la crisi al·legada. A més, han passat més de 6 mesos des de l'últim expedient sense que s'haja produït aparentment cap altra crisi". En segon lloc, en l'informe es diu que s'observa una actuació en frau de llei o de forçar la norma, ja que en la pràctica allò que es vol és aconseguir major flexibilitat de la plantilla o que un percentatge important de la plantilla passe a la condició de fix discontinu. En tercer lloc, la Inspecció posa en relleu que es produeix més que amb anterioritat al primer expedient de regulació d'ocupació. De tal forma, que l'empresa no pateix una disminució de les vendes de producció. I en darrer lloc, la Inspecció destaca el fet que l'empresa no ha elaborat un pla de viabilitat, simplement volen esperar al canvi de temporada per veure si les vendes remunten. En l'expedient 0/03 FORD ESPAÑA, SA. Extinció fins a un màxim de 57 treballadors per causes organitzatives o de producció, la Inspecció considera que la causa no ha estat acreditada. Concretament considera que en la factoria d'Almussafes no existeix cap crisi, al 2003 s'ha produït un record productiu i les previsions per al 2004 són igual de bones. De fet, l'acomiadament es planteja, segons la inspecció, com la contribució de la factoria d'Almussafes a la crisi europea. En segon lloc, la Inspecció considera que l'empresa ha d'acreditar la necessitat d'amortitzar els llocs de treball, ja que no és suficient amb la simple conveniència empresarial. I en darrer lloc, la Inspecció posa en relleu que els llocs de treball no es corresponen amb els treballadors afectats.

⁷⁷⁵ STSJ de Catalunya, 23 de desembre de 2005, JUR 56131.

Doncs bé, avançant un poc més sobre aquestes qüestions, convé destacar que la Inspecció de Treball a l'hora d'analitzar el desequilibri empresarial i realitzar una valoració tècnica i jurídica haurà de tenir en compte la documentació aportada per l'empresari. És a dir, els informes i plans tècnics i la memòria explicativa de les causes. Recordem que en aquest darrer cas, l'empresari haurà d'aportar la documentació econòmica auditada que es concreta en allò que coneguem com: el balanç, el compte de guanys i perdudes i la memòria, art 35 del Codi de Comerç. En aquest sentit, el fet que aquesta documentació estiga auditada aporta certa veracitat a les dades presentades per l'empresari, ja que suposarà que aquesta documentació reflexa la imatge fidel de l'estat patrimonial i financer de l'empresa i facilitarà en tot cas, la valoració de la Inspecció.

No obstant això, res impedeix que a través de la seua activitat investigadora la Inspecció pugui utilitzar altra informació a l'hora de realitzar l'informe i que no ha estat aportada per l'empresari. La Inspecció de Treball, en l'exercici de les seues funcions, pot entrar lliurement en qualsevol moment i sense previ avís al centre de treball amb la finalitat de requerir informació a l'empresari o als treballadors o amb l'objectiu de practicar qualsevol diligència d'investigació, art 5 del la Llei 42/1997. D'acord amb les facultats atorgades a la Inspecció, aquesta podrà accedir a altre tipus d'informació empresarial: informació comptable. Recordem que tot empresari haurà de realitzar una comptabilitat ordenada i adequada a l'activitat de la seua empresa que permeta un seguiment cronològic de totes les seues operacions i a més, haurà de realitzar periòdicament balanços i inventaris, art 25 del Codi de comerç.

Aquest tipus d'informació més aquella que ha estat aportada per l'empresari pot esdevenir de molta utilitat a l'hora de valorar l'estat econòmic i patrimonial de l'empresa. A més, aquesta informació serà essencial a l'hora de valorar un punt sobre el qual haurà de pronunciar-se necessàriament en el seu informe final: l'existència o no d'un desequilibri en el funcionament de l'empresa. Tanmateix, com ha posat en relleu altre autor⁷⁷⁶, l'informe de la Inspecció pot tenir en compte altre tipus de dades no necessàriament aportades per l'empresa, per tal de fer una valoració real sobre el desequilibri empresarial. En aquest sentit, podria entrar a valorar les següents circumstàncies: les relacions amb els proveïdors, la situació de l'empresa en relació amb els salaris dels treballadors, la situació dels Estocs o la relació de l'empresa en relació amb Hisenda i la Seguretat Social.

En relació amb aquesta darrera circumstància, és a dir, la situació de l'empresa en relació amb Hisenda i la Seguretat Social, tal vegada resulte convenient recordar que la Llei 42/1997, ordenadora de la Inspecció de Treball, recull una mena d'auxili o col·laboració entre les Administracions i la Inspecció, art 9, una obligació que s'estén també als jutjats i als Tribunals. Pel que fa al tema d'anàlisi, l'esmentada norma preveu que l'Administració tributaria cedirà les seues dades i antecedents a la Inspecció de Treball i les entitats gestores o col·laboradores i els serveis comuns li facilitaran les informacions, antecedents i dades amb rellevància en l'exercici de la funció inspectora, incloent aquella informació de caràcter personal objecte de tractament automatitzat, i sense necessitat de consentiment de l'afectat, art 9 Llei 42/1997.

Per altra part, a més de la informació que obtindrà de l'Administració Tributaria i de la Seguretat Social, hem de tenir present que la Inspecció podrà examinar la

⁷⁷⁶ VÁZQUEZ GONZÁLEZ, I, "Informe de la Inspección de Trabajo en los casos de extinción de la relación laboral por causas tecnológicas o económicas y fuerza mayor", op.cit, pàg. 386.

documentació i els llibres d'empresa amb rellevància social, els documents d'inscripció, afiliació, alta i baixes, justificants dels pagaments a la Seguretat Social o els documents justificatius de les retribucions, art 5.3.3 Llei 42/1997. Tota aquesta informació li permetrà analitzar el desequilibri empresarial i realitzar una valoració jurídica.

A més a més, aquestes dades i les competències assignades a la Inspecció li permetran analitzar la situació laboral dels treballadors de l'empresa. És a dir, si tots estan donats d'alta a l'empresa i des de quan i procedir a promoure procediments d'ofici, d'afiliació i altes en els règims corresponents de la Seguretat Social, art 7.5 de la Llei 42/1997. Aquesta actuació tal vegada resulte interessant quan tramitem un expedient de regulació d'ocupació, si tenim en compte que l'empresa a més de la documentació sobre el desequilibri empresarial ha d'aportar el número i categoria dels treballadors ocupats habitualment a l'empresa en el darrer any, art 6.1.b RD 43/1996.

Però a més a més, la Inspecció a partir d'aquestes dades podrà iniciar expedients liquidadors per deutes a la Seguretat Social i conceptes de recaptació conjunta, mitjançant la pràctica d'actes de liquidació, art 7.4 Llei 42/1997. S'ha posat en relleu que davant una situació de crisi són les quotes a la Seguretat la primera cosa que l'empresari deixa de pagar⁷⁷⁷. Per altra part, no hem d'oblidar que la Inspecció podrà examinar els llibres i la documentació de l'empresa, concretament aquest examen afectarà els llibres i registres, documents d'inscripció, afiliació, alta, baixes, *justificació del pagament de quotes* o prestacions de la Seguretat Social o documents justificatius de retribucions, art 5.3.3 Llei 42/1996.

Seguint amb l'anàlisi que ha de realitzar la Inspecció de treball en relació amb l'existència d'un desequilibri empresarial que amenaça la subsistència de l'empresa, hem de recordar que l'anàlisi de totes les dades exposades anteriorment i l'anàlisi d'altre tipus de documentació empresarial li permetran determinar si estem davant un grup d'empreses nacional i si existeix per tant, alguna maniobra empresarial de caràcter fraudulent. Recordem, que quan parlem de grups d'empreses els tribunals exigeixen que el desequilibri empresarial ha de concórrer en el grup, de tal forma que el projecte d'acomiadament no està justificat si una de les seues empreses té perdudes però el grup a nivell global té beneficis. Teòricament, l'empresari haurà de comunicar aquesta circumstància, és a dir, que la seua empresa forma part d'un grup a l'autoritat laboral, i tal vegada també a la Inspecció. Però pot ocórrer, que l'empresari ocultes aquestes dades intencionadament amb unes finalitats sospitoses.

De fet, l'ocultació d'aquesta informació ha servit per declarar la nul·litat de l'acord. En aquest sentit, Tribunal posa en relleu tres motius per a determinar la possible nul·litat de l'acord. Un d'ells fa referència a l'existència d'un grup d'empreses. Sobre aquesta qüestió el tribunal diu el següent: "l'empresari havia d'haver posat en coneixement de l'autoritat laboral i de la Inspecció l'existència d'un grup d'empreses a efectes de determinar les seues circumstàncies econòmiques i la incidència del grup sobre les extincions acordades i per tal que l'autoritat labora pogués resoldre tenint en compte totes les dades necessàries"⁷⁷⁸.

⁷⁷⁷ VÁZQUEZ GONZÁLEZ, I, "El Informe de la Inspección de Trabajo en los expedientes de regulación de empleo", op.cit, pàg. 367.

⁷⁷⁸ STSJ Catalunya, 7 de setembre de 2002, AS 3639.

Segons aquestes idees, la Inspecció ha d'esforçar-se per detectar si estem o no davant un grup i investigar si el desequilibri existeix a nivell d'empresa o de grup, perquè si només existeix a nivell d'empresa en l'informe que ha de fer arribar a l'autoritat laboral haurà de desaconsellar l'autorització administrativa per falta d'un dels requisits de l'art 51 ET: element causal.

En l'informe de la Inspecció que forma part de l'ERO 0/03 de Ford Espanya, SA, la inspecció es pronuncia en aquest sentit: “els llocs de treball no es corresponen amb els treballadors afectats i l'empresa ha d'acreditar la necessitat d'amortitzar-los, perquè no és suficient amb la simple conveniència empresarial. A més, en Ford Almussafes al 2003 no existeix una crisi, s'ha produït un record productiu i les previsions per al 2004 són igual de bones. De tal forma, que l'acomiadament és planteja com la contribució de Ford Almussafes a la crisi europea, amb la qual cosa la causa no ha quedat acreditada”.

Així doncs, al menys en teoria, l'informe podrà tenir un contingut ampli i podrà ser de molta utilitat per a l'autoritat laboral a l'hora de fonamentar la seua resolució administrativa. A més, la previsió recollida en el RD 43/1996 segons la qual, aquest informe ha d'estar en poder de l'autoritat laboral abans que concloga el període de consultes pot ajudar a l'autoritat laboral no només a tenir una idea prou aproximada sobre la situació real de l'empresa, sinó que li permetrà valorar més adequadament l'acord sobre la reorganització empresarial.

En general, l'informe de l'entitat gestora de la prestació per desocupació i l'informe de la Inspecció li permetran analitzar si amb l'acord es pretén accedir indegudament a la prestació per desocupació. En aquest supòsit, remetria l'acord a l'òrgan judicial perquè aquest valorés la seua possible nul·litat. En definitiva, aquests informes permeten que l'autoritat laboral valore si realment existeix un desequilibri empresarial que justifica l'expedient de regulació i si l'acord en qüestió té algun vici.

No obstant això, no tot són avantatges, com s'ha destacat en les línies anteriors, teòricament l'informe pot ser molt útil a l'autoritat laboral per les possibilitats que té i pels seu contingut, però com ha destacat la doctrina⁷⁷⁹, els terminis per emetre l'informe no contribueixen a l'hora de realitzar una vertadera llavor investigadora per part de la Inspecció i menys encara per a contrastar la documentació sobre el desequilibri empresarial amb els treballadors o els seus representants. De fet, l'informe tindrà una visió prou “parcial” perquè es basarà en la documentació de l'empresari. Per altra banda, com l'informe ha d'estar en mans de l'autoritat laboral abans de concloure el període de consultes, impedim que la Inspecció pugui conèixer noves dades sobre la realitat de l'empresa o sobre les modificacions realitzades en el projecte d'acomiadament. En aquestes circumstàncies, l'informe podria ser “confús i inservible” per a l'Autoritat laboral”. Així doncs, en la majoria d'ocasions l'informe valorarà la situació de l'empresa i realitzarà la corresponent valoració jurídica a partir de la documentació presentada per l'empresa: memòria i documentació auditada.

⁷⁷⁹ MONEREO PÉREZ, JL, FERNÁNDEZ AVILÉS, JA, “El despido colectivo en el derecho español”, op.cit, pàg. 251. En un sentit similar: RODRÍGUEZ RAMOS, MJ “El procedimiento”, en D.A, “El despido, análisis y aplicación práctica”, op.cit, pàg. 523: Els terminis poden plantejar problemes en relació amb l'informe per falta de dades. Per altra banda, no haguera estat de més que els treballadors pogueren presentar les seues al·legacions a la Inspecció.

3.1.2) ALTRES POSSIBLES INFORMES:

A més d'aquests informes, l'autoritat laboral podrà sol·licitar aquells altres que crega convenient, però haurà de fonamentar la seua conveniència, art 9.2 RD 43/1996. Evidentment, aquesta genèrica previsió planteja més d'un dubte: qui els podrà emetre i la naturalesa que tindran. Així doncs, cal començar per determinar si l'autoritat laboral només podrà sol·licitar informes a altres administracions o organismes públics o també podrà sol·licitar-los a entitats privades. Durant l'ET de 1980 el dubte estava resolt i tot indicava que l'autoritat laboral només podia sol·licitar l'informe de la Inspecció i *altres als organismes públics* quan ho considerés oportú, 51.6 ET. El dubte sorgeix amb el RD 43/1996, ja que l'art 9.2 no especifica cap cosa sobre aquestes qüestions.

Continuant sobre aquestes idees, el fet que aquests informes continguen una valoració tècnica o jurídica sobre alguns dels extrems de l'expedient i el fet que tinguen com a finalitat aportar a l'autoritat laboral elements de judici suficients perquè aquesta fonamente la seua resolució, pot fer que els informes realitzats per una entitat privada siguen discutibles, ja que poden tenir un punt de vista parcial o defensar uns interessos subjectius i suposadament els realitzats pels organismes públics han de ser imparcials, objectius i incloure valoracions jurídiques i tècniques. En qualsevol cas, la norma no diu res i per tant, en principi aquesta possibilitat no ha de plantejar problemes, sempre que l'autoritat laboral fonamente la conveniència de sol·licitar aquest informe.

Pel que fa a la naturalesa i els terminis necessaris per emetre aquests possibles informes, com la norma no diu res, haurem d'acudir a les normes generals recollides en la Llei 30/1992. De tal forma, que si altres normes no diuen res, hem de deduir que aquests informes seran facultatius, és a dir, que l'autoritat laboral podrà o no sol·licitar-los, però si ho fa aquests informes seran no vinculants per a l'autoritat laboral, art 83.1 Llei 30/1992.

El RD 43/1997 segueix els plantejaments de la Llei 30/1992 i concreta que la sol·licitud de l'informe haurà de concretar allò que li sol·liciten i l'òrgan en qüestió comptarà amb un termini de deu dies per emetre l'informe, excepte quan el compliment de la resta de terminis permeta o exigesca altres terminis majors o menors. Així doncs, no emetre l'informe en el termini assenyalat, no paraitzarà la resta d'actuacions ni el procediment. A més, l'autoritat laboral podrà no tenir en compte el contingut d'aquests informes a l'hora de fonamentar la resolució administrativa quan siguen emesos fora de termini, art 83.4 Llei 30/1992.

Plantejada la qüestió en aquests termes, i una vegada hem analitzat els aspectes més generals sobre aquestes informes, cal concretar aquesta possibilitat. Així doncs, començaré per la possibilitat de sol·licitar informe a l'Administració de l'Estat. Malgrat que la competència sobre els expedients de regulació d'ocupació ha estat traspasada a algunes Comunitats Autònomes i per tant, la instrucció i la resolució de l'expedient la realitzarà l'òrgan designat per aquesta, és més que freqüent que la norma que regula el traspàs de la competència a la Comunitat Autònoma, reculla l'obligació de sol·licitar un informe a l'Administració de l'Estat. A més a més, serà aquesta norma aquella que establezca la naturalesa jurídica de l'informe, és a dir, si es preceptiu o facultatiu i la que reculla els terminis per realitzar-lo i si no ho fa acudirem a la regla recollida en la Llei 30/1992.

En relació amb aquesta possibilitat, el RD 262/1985 de 23 de gener, sobre traspàs de funcions i serveis de l'Estat a la Comunitat Autònoma Valenciana en matèria d'expedients de regulació d'ocupació, preveu en dos supòsits diferents l'obligació de sol·licitar un *informe preceptiu* a l'Administració de l'Estat. Aquesta obligació està prevista concretament quan l'expedient és incoat per empreses amb més de 500 treballadors o quan l'empresa té centres de treball en diferents Comunitats Autònomes.

En aquest darrer cas, l'autoritat laboral li sol·licitarà aquest informe per a tenir en consideració les possibles repercussions que indirectament l'expedient puga tenir en altres centres de treball radicats en altres Comunitats Autònomes. També en aquest darrer supòsit, a més de l'informe sol·licitat a l'Administració de l'Estat, aquesta podrà sol·licitar un informe a les altres Comunitats Autònomes. Aquest darrer informe a més de ser facultatiu, no serà vinculant i versarà exclusivament sobre l'impacte de l'expedient en aquells centres de treball.

Pel que fa als terminis per recabar-los i realitzar-los, cal dir que aquests aspectes es troben concretats en el RD 262/1985, de 23 de gener. La norma en qüestió preveu un termini màxim perquè l'autoritat laboral el sol·licite. Concretament, l'Administració l'haurà de sol·licitar durant els tres dies següents a la formalització de l'expedient, a més, haurà d'estar a la seua disposició amb una antelació de cinc dies previs a la resolució. En qualsevol cas, malgrat que són informes preceptius, el fet de no emetre l'informe en el termini legal no provocarà la nul·litat de les actuacions ni impossibilitarà que l'autoritat laboral resolga l'expedient, si acrediten que sol·licitaren l'informe en temps i forma.

A més d'aquests informes que són preceptius, l'autoritat laboral podrà sol·licitar informes a altres conselleries, Ministeris o organismes públics que poden tenir coneixement sobre la crisi que afecta l'empresa i que serviran per a informar a l'autoritat laboral sobre aquesta suposada crisi. Només a tall d'exemple podem citar que davant la crisi del sector tèxtil al País Valencià, els sindicats i alguns Ministeris signaren un acord per fer front als problemes del sector i en el qual incloïen mesures laborals i industrials. L'acord marc entre els Ministeris de Treball i Afers Socials i el de Ciència i Tecnologia i l'Observatori Industrial Tèxtil, va crear també una comissió de seguiment que era l'encarregada de proposar a l'Administració els criteris per a desenvolupar l'acord. Així doncs, l'autoritat laboral podria sol·licitar algun informe a aquests òrgans.

És a dir, si l'empresa que ha impulsat l'expedient de regulació d'ocupació forma part d'aquest sector, res impediria que l'autoritat laboral pogués sol·licitar un informe als Ministeris afectats, a l'observatori industrial o a la comissió de seguiment sobre la situació del sector o sobre les propostes laborals o industrials que l'acord sectorial recull. Aquesta informació tal vegada li permetria valorar amb major precisió l'adequació de les mesures incloses en el projecte empresarial o la veracitat del desequilibri al·legat per l'empresa. En aquest sentit, determinats organismes públics o inclús els observatoris Industrials sectorials podrien facilitar a l'autoritat laboral un informe, facultatiu i no vinculant, sobre l'evolució de l'ocupació, de la producció i sobre les previsions sectorials futures. Aquest informe seria incorporat a l'expedient i serviria a l'autoritat laboral per fonamentar la resolució administrativa.

Avançant un poc més sobre la instrucció de l'expedient, convé destacar el fet que si durant la seua tramitació l'autoritat laboral té coneixements que per part de

l'empresari ha adoptat mesures que fan ineficaç qualsevol pronunciament, l'autoritat laboral podrà recabar a l'empresari o a l'autoritat competent, la paralització immediata d'aquelles, art 9 del RD 43/1996. En realitat, aquesta previsió no és nova, perquè ja existia en l'ET de 1980, encara que anteriorment el legislador concretava un poc més el seu contingut a través d'un nou apartat que finalment va ser suprimit en la reforma del 1994. La versió originària de l'ET de 1980 deia que quan les extincions proposades afectaren més del 50% dels treballadors calia donar compte de la venda dels béns de l'empresa als representants dels treballadors i a l'autoritat competent, art 51.8 ET.

Així doncs, malgrat que la norma no desenvolupa massa aquesta possibilitat, podríem dir que aquesta possibilitat està justificada per la necessitat de tutelar els interessos públics subjacents en un acomiadament col·lectiu, uns interessos que es trobarien afectats si finalment i a causa d'aquelles actuacions empresarials, la resolució administrativa esdevingués ineficaç. En qualsevol cas, a l'hora d'entendre un poc més aquesta possibilitat, tal vegada allò més convenient siga posar en relació la previsió recollida en l'art 9.3 del RD 43/1996 amb allò dit en l'art 72 de la Llei 30/1992 sobre les mesures provisionals.

En aquest sentit, també aquesta norma reconeix la possibilitat que l'Administració adopte mesures provisionals durant el procediment amb l'objectiu d'assegurar l'eficàcia de la posterior resolució. A més a més, no podrà adoptar mesures provisionals que causen un perjudici de difícil o impossible reparació en els interessats o que impliquen violació de drets protegits per les lleis. En qualsevol cas, aquestes s'extingiran amb l'eficàcia de la resolució administrativa que finalitza el procediment.

3.2) TRASLLAT DE LES ACTES DE LES CONSULTES A L'AUTORITAT LABORAL:

La instrucció de l'expedient de regulació d'ocupació finalitzarà quan l'empresari comuniqui a l'autoritat laboral la finalització de les consultes i aquesta incloga en l'expedient les actes referides a les negociacions amb els representants dels treballadors. Una vegada l'autoritat laboral té els informes necessaris i les actes, entrem que ha finalitzat la instrucció de l'expedient. No obstant això, abans que l'autoritat laboral emeta la resolució administrativa, aquesta haurà de procedir a donar audiència de l'expedient a les parts, art 10 del RD 43/1996. Aquesta exigència es produirà després que l'empresari comuniqui a l'autoritat laboral que les consultes han conclòs i li faci arribar les actes.

Com estava comentant, l'audiència de l'expedient té lloc una vegada han finalitzat les consultes amb els representants dels treballadors, però abans d'aquest acte l'empresari haurà de realitzar alguna actuació més. El RD 43/1996 preveu que l'empresari haurà de comunicar a l'autoritat laboral que les negociacions han conclòs i si han conclòs amb acord o sense ell. A més, la comunicació haurà d'anar acompanyada de la següent documentació: actes on queden recollides les posicions de les parts durant les consultes i una acta final on constarà el contingut de les negociacions i una ressenya de la documentació i els informes examinats i en el seu cas, aquesta documentació anirà acompanyada de l'informe relatiu al projecte empresarial realitzat pels representants dels treballadors, art 8.2 i 8.3 del RD 43/1996. Finalment, aquestes actes seran incorporades a l'expedient de regulació d'ocupació.

La referència a les actes no és nova del tot, ja que aquesta obligació estava recollida en l'art 11 RD 696/1980, però el legislador va oblidar incloure-la quan va modificar l'art 51 ET mitjançant la reforma introduïda per la Llei 11/1994. L'oblit va ser finalment esmenat quan aprovaren el RD 43/1996, art 8.2. Així doncs, malgrat que la regulació actual ha conservat l'obligació de traslladar les actes a l'autoritat laboral, la present regulació manté algunes diferències respecte a la regulació anterior. El RD 696/1980 establia que les consultes i la posició de les parts s'havien de recollir en una o diverses actes en les quals calia posar en relleu la documentació analitzada i les dates de les reunions. A més, l'acord havia de constar en document escrit i subscrit per les parts en el qual havia de constar amb claredat i precisió els termes en els quals es va produir, art 11 del RD 696/1980.

En canvi, el RD 43/1996 ha omès la referència a les dates de les reunions i ha eludit les referències sobre els requisits formals de l'acord. En qualsevol cas, i malgrat aquestes diferències, les actes poden servir de molt a l'autoritat laboral. Així és, l'examen d'aquestes actes per part de l'autoritat laboral permetrà que aquesta valore si l'empresari ha realitzat les negociacions amb els representants dels treballadors i si aquesta fase ha estat complida adequadament.

Per tal que l'autoritat laboral pugui entendre que han existit unes consultes serà necessari que en les actes conste el contingut d'uniques negociacions que han desembocat en un resultat final. De tal forma, que no podem entendre que han complert amb aquesta obligació quan l'acord ha estat subscrit individualment pels treballadors afectats i han ignorat la negociació en relació amb el projecte d'acomiadament⁷⁸⁰. Si l'autoritat laboral considera que les negociacions no s'han produït adequadament i que per tant, l'acord pot tenir alguna mena de vici, l'haurà de remetre a l'òrgan judicial perquè es pronuncie sobre aquestes qüestions.

Però pot ocórrer que l'empresari ometa directament el període de consultes. Així doncs, les actes permetran que l'autoritat laboral detecte l'omissió de les negociacions amb els representants dels treballadors. L'omissió d'aquesta etapa del procediment no només implicarà l'incompliment d'una obligació respecte a aquells representants, una circumstància que donarà lloc a una infracció administrativa greu, art 7.7 RDL 5/2000. A més, davant aquesta situació l'autoritat laboral no podrà autoritzar les mesures sol·licitades per l'empresari perquè el nostre ordenament jurídic condiona la intervenció administrativa al compliment del període de consultes, dues fases que han de complir-se necessàriament⁷⁸¹. Si així i tot, l'empresari continua amb les seues pretensions i extingeix els contractes sense l'oportuna autorització administrativa, aquestes hauran de ser declarades nul·les per l'òrgan judicial, art 124 LLPL.

A més a més, l'examen de les actes on es recullen les posicions de les parts i la documentació examinada permetrà que l'autoritat laboral valore si les parts han negociat de bona fe o per contra alguna d'elles ha realitzat alguna actuació contrària a

⁷⁸⁰ STSJ de Catalunya, 21 de novembre de 1995, Ar 4476: assenyala que l'empresa va aconseguir les signatures dels treballadors amb maquinacions enganyoses i mesures de pressió i de forma individualitzada.

⁷⁸¹ STSJ del País Basc, 30 de març de 1999. Ar 2934. L'acomiadament col·lectiu exigeix el seguiment d'un procediment administratiu durant el qual es consultarà als representants dels treballadors. Burlar aquestes previsions no poden ser considerades simplement com una simple infracció o incompliment d'una norma, a més de ser això, aquest comportament ha de ser considerat com una actitud fraudulenta i implicarà les conseqüències previstes en l'art 124 LLPL.

aquell principi, i alhora permetrà analitzar si l'empresari ha facilitat als representants dels treballadors la mateixa documentació que a l'autoritat laboral. En darrer lloc, si examina aquesta documentació i considera que ha existit dol, coaccions o abús de dret podrà remetre l'acord a l'autoritat judicial a efectes que determine les conseqüències jurídiques que es deriven d'aquestes actuacions.

En relació amb aquestes actuacions, hem d'entendre que l'omissió o ocultació de la documentació i de la informació necessària sobre el projecte d'acomiadament col·lectiu implicarà una vulneració del principi de bona fe. Tant és així, que no podem entendre que l'empresari ha complert amb el període de consultes quan es nega a facilitar la informació necessària per poder negociar la proposta d'acomiadament. En realitat, aquestes circumstàncies impedirien negociar el projecte d'acomiadament i les negociacions quedarien reduïdes a un formalisme més⁷⁸². En aquests casos, l'autoritat laboral podria considerar que l'acord s'ha produït amb abús de dret i el podrà remetre a l'òrgan judicial a efectes que determine les conseqüències jurídiques que es deriven d'aquest incompliment, art 11 RD 43/1996⁷⁸³.

3.3) AUDIÈNCIA DE L'EXPEDIENT:

Arribat a aquest punt, hem d'entendre que suposadament l'autoritat laboral ja tindrà tota la informació necessària per poder fonamentar la seua resolució. Per tant, una vegada l'autoritat laboral ha incorporat a l'expedient els informes necessaris i les actes de les consultes donarem per finalitzada la instrucció d'aquell. No obstant això, abans que l'autoritat laboral emeta la corresponent resolució administrativa, aquesta haurà de donar audiència de l'expedient a les parts interessades. Concretament, l'art 10 del RD 43/1996 preveu que tres dies després de la finalització de les consultes, l'autoritat laboral donarà audiència de l'expedient a les parts interessades perquè consten en el procediment i es puguin tenir en compte altres fets, al·legacions i proves diferents a les al·legades per les parts.

L'objectiu d'aquest tràmit no és altre que posar en coneixement de les parts tota la documentació de l'expedient perquè puguin realitzar les al·legacions que creguen convenientes i evitar una possible situació de indefensió que es podria produir, si els impedim fer al·legacions sobre noves dades que obren en l'expedient i que no han estat aportades per les parts interessades. Aquest tràmit esdevé una exigència fonamental per tal que les parts puguin defensar els seus interessos, conèixer íntegrament l'expedient de regulació d'ocupació i fer una valoració crítica dels documents que el formen.

⁷⁸² STSJ de Catalunya, 28 de febrer de 1998, Ar 1493. STSJ Catalunya, de 4 març de 1996, AS 622. STSJ Catalunya, de 5 octubre de 1996, Ar 3911. Són sentències relacionades amb el període de consultes però en relació amb l'art 41 ET. En qualsevol cas, les apreciacions que fa el Tribunal en relació a com s'han de celebrar aquestes negociacions les podem extrapolar al període de consultes previst en l'art 51 ET.

⁷⁸³ STSJ de Catalunya, 8 octubre de 2002, Ar 3567: El Tribunal considera que l'acord signat amb els representants dels treballadors és abusiu, perquè aquests no han tingut accés a la documentació de l'empresa que justifica la mesura bona o mala, necessària o no. A més, l'empresa ha impedit la presència de tècnics que pretenien assessorar els representants dels treballadors. El tribunal entén que aquestes circumstàncies donen lloc a un acord abusiu amb danys per a tercers, perquè danya el principi a l'estabilitat en l'ocupació dels treballadors afectats per l'expedient.

Per totes aquestes raons, l'audiència de l'expedient es configura com un tràmit essencial i amb caràcter general com a inexcusable⁷⁸⁴. Tant és així, que la CE estableix que la Llei regularà l'audiència dels ciutadans en els procediments d'elaboració de les disposicions que els afecten, una previsió que ha estat desenvolupada per la Llei 30/1992 i recollida en l'art 10 del RD 43/1996.

Avançant un poc més sobre el contingut d'aquest tràmit, cal destacar que en principi sembla que allò que pretén el legislador és permetre que les parts presenten al·legacions o proves sobre dades que consten en l'expedient i que no han estat al·legades per elles, o permetre a les parts incorporar noves dades o nova informació que no incorporaren a les negociacions perquè no tenien coneixement d'aquells documents o d'aquelles dades en aquell moment. Aquest plantejament es basa en l'art 84 de la Llei 30/1992, un precepte que preveu dos supòsits en els quals es podrà ometre aquest tràmit: en primer lloc, estableix que entrem per realitzada l'audiència, quan les parts decideixen no fer al·legacions ni aportar nous documents. En segon lloc, preveu que podem prescindir d'aquest tràmit, quan no figuren en el procediment ni siguin tinguts en compte en la resolució *nous fets ni altres al·legacions* que les realitzades per les parts interessades.

En qualsevol cas, durant el tràmit d'audiència les parts podran fer les al·legacions necessàries sobre els documents que obren en el expedient o sobre noves dades no presentades per elles. Pensem que tal vegada les parts desconeixen determinats informes que obren en mans de l'Administració i que elles encara no han pogut accedir a ells. Aquesta circumstància tampoc és tan estranya si tenim present que existeix certa comunicació entre la fase d'instrucció de l'expedient i les negociacions, de tal forma que és possible que les parts interessades no hagen analitzat l'informe de la Inspecció de Treball, el de l'entitat gestora de la prestació per desocupació o qualsevol altre informe sol·licitat per l'autoritat laboral. Així doncs, que aquest serà el moment per examinar-los i fer les al·legacions oportunes perquè l'autoritat laboral les pugui tenir en consideració a l'hora de fonamentar la resolució administrativa.

No obstant això, no hem d'oblidar que segons les previsions de la Llei 30/1992 els interessats tenen dret a conèixer en qualsevol moment l'estat en què es troba el

⁷⁸⁴ DESDENTADI DAROCA, E, "La intervención administrativa en los despidos colectivos: naturaleza y procedimiento", en D.A. "la reforma de 1994", op.cit, pàg., 223: es manifesta en contra de la possibilitat de suprimir aquest tràmit i al respecte diu que en aquest procediment, normalment, després de les al·legacions dels interessats s'hauran practicat proves i s'hauran realitzat informes i sense el tràmit d'audiència els interessats no podran realitzar les al·legacions. Així doncs, quan ha existit activitat probatòria i emissió d'informes, l'audiència és essencial. La seua omisió produiria la nul·litat de la decisió final, ja que aquests quedarien indefensos. GOERLICH PESET, JM, "El despido colectivo", en D.A. "Comentarios a las leyes laborales", op.cit, pàg. 164. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, JJ, "Expedientes de regulación de empleo", op.cit, pàg. 126: El caràcter preceptiu del tràmit d'audiència, en base a la seua condició de garantia essencial i primària dels interessats, justifica que la seua omisió es considere causa de nul·litat. No obstant, en alguna sentència s'ha negat que l'omisió d'aquest tràmit cause indefensió: STSJ de Catalunya, 7 de desembre de 2002, AS 3638. Els fets eren els següents: malgrat la informació que tenien els delegats del personal sobre la situació de l'empresa, aquests no pogueren contradir les al·legacions realitzades per part dels treballadors afectats per l'expedient perquè la Inspecció abans d'emetre el segon informe, fora de termini, no va donar audiència ni a l'empresa ni als delegats. Els delegats sol·licitaren la nul·litat de les actuacions, ja que a tenor de les declaracions dels treballadors afectats haurien d'haver realitzat el tràmit d'audiència. Al respecte el Tribunal considera que l'ordre social no és competent per conèixer aquelles qüestions, però considera que la falta d'aquell tràmit no ha causat indefensió perquè les parts han tingut la possibilitat de realitzar les al·legacions oportunes en el judici i han tingut la possibilitat de proposar les proves necessàries per a la seua defensa.

procediment i a obtenir còpies dels documents que obren en ell, art 35.a. És a dir, que en qualsevol moment tant l'empresari com els representants dels treballadors o inclús els treballadors podrien tenir accés als informes sol·licitats per l'autoritat laboral i afegits a l'expedient. És més, una vegada han accedit a aquests documents podrien fer les al·legacions oportunes sense que siga necessari esperar al tràmit d'audiència. Així doncs, la Llei 30/1992 permet que els interessats en qualsevol moment anterior al tràmit d'audiència puguin adduir al·legacions i aportar els documents o elements de judici que creguen convenients, art 79.1 Llei 30/1992.

Per altra part, com reconeix l'art 10 del RD 43/1996 durant l'audiència de l'expedient, les parts podran presentar noves proves o fets diferents als al·legats per les parts. Aquesta previsió no només permetria al·legacions sobre els informes sol·licitats per l'autoritat laboral, sinó que podrien presentar noves proves o documents sobre qüestions que no han pogut debatre i analitzar durant les consultes. No oblidem que durant les negociacions l'empresari pot ocultar determinada informació als representants dels treballadors o pot realitzar diferents comportaments que repercutiran en les negociacions.

Podria ocórrer que durant les negociacions de l'expedient, l'empresari es negara a facilitar als representants dels treballadors determinada informació sobre el projecte empresarial o es negara a facilitar la documentació necessària per a identificar l'existència d'un grup d'empreses amb rellevància laboral o les connexions que aquesta empresa manté amb altres que poden estar en el nostre territori o fora d'ell, una situació que dificultaria les consultes. Pensem que sense aquella informació els representants dels treballadors no podran conèixer el desequilibri real de l'empresa i els impediria negociar determinades mesures per desconèixer les possibilitats reals de dur-les a terme. Tanmateix, durant l'audiència podrien denunciar aquesta situació i en el cas que hagen pogut aconseguir per altres vies aquella documentació podrien presentar-la.

No obstant això, quan parlem de la possibilitat de presentar nous fets, documents o proves perquè l'autoritat laboral els tinga en compte a l'hora de fonamentar la resolució administrativa, crec convenient recordar que ens trobem davant un procediment administratiu especial que es divideix en dues fases: les consultes i la fase administrativa i que el període de consultes es regeix bàsicament per dos principis: el principi d'autonomia col·lectiva i el principi de bona fe. Per tant, aquesta possibilitat d'aportar noves proves o nova documentació hauria d'estar limitada a uns supòsits concrets. És a dir, que només podrien aportar aquells documents que no es pogueren presentar i debatre durant les consultes perquè en cas contrari, podríem vulnerar el principi de bona fe, un principi que entre altres coses prohibeix l'ocultació d'informació a l'altra part.

Enllaçant amb aquesta idea, tal vegada el tràmit d'audiència de l'expedient a les parts pugui ser utilitzat també per denunciar determinats comportaments realitzats durant les consultes a efectes que l'autoritat laboral els pugui tenir en consideració o perquè pugui decidir si ha de remetre l'acord a l'òrgan judicial perquè es pronuncie sobre aquells comportaments. Així doncs, podrien denunciar possibles incompliments del deure de bona fe: ocultació d'informació, dilatacions innecessàries o malicioses amb l'objectiu de dificultar un acord, la negociació sistemàtica i sense justificació de totes les propostes dels representants dels treballadors o la realització de qualsevol altra pràctica o pressió amb la finalitat d'impedir un normal desenvolupament de les negociacions.

Arribat a aquest punt i després d'haver analitzat la finalitat i les possibles actuacions que es poden realitzar durant l'audiència de l'expedient, cal fer també una valoració crítica. Així doncs, si ja ha de ser complicat en el procediment administratiu comú formular al·legacions, aportar documents i formular la pràctica d'algunes proves durant el tràmit d'audiència, aquestes actuacions encara es compliquen més en els procediments de regulació d'ocupació. Així és, segons la Llei 30/1992 els interessats compten amb un termini que oscil·la entre els deu i quinze dies per tal de formular al·legacions o aportar nous documents o informacions, art 84.2. Tanmateix, el RD 43/1996 redueix els terminis contemplats en les normes administratives i preveu que les parts comptaran amb un termini de tres dies per realitzar aquestes actuacions. Però a més, hem de tenir present que l'autoritat laboral compta amb un termini de quinze dies des que li comuniquen que han conclòs les consultes per tal de dictar la resolució administrativa.

Així doncs, seguint amb aquest argument, si bé és cert que aquesta reducció dels terminis i inclús aquesta acumulació de tràmits en un acte que respon al principi de celeritat que regeix el procediment administratiu, art 75 Llei 30/1992, i també en els procediments de regulació d'ocupació, també cal destacar el fet que des que conclouen les consultes fins que l'autoritat laboral dicta la resolució administrativa, no existeix massa temps per realitzar el tràmit d'audiència fer al·legacions, aportar documents i formular la pràctica de proves, tal com preveu l'art 10 del RD 43/1996.

Una vegada hem aclarit la finalitat i el contingut del tràmit d'audiència, cal aclarir un nou dubte interpretatiu en relació amb els subjectes que poden intervenir en l'audiència de l'expedient. En un primer moment, podríem entendre que el tràmit d'audiència ha de realitzar-se amb l'empresari i els representants dels treballadors, ja que segons l'art 3 del RD 43/1996 tenen la condició de part interessada en el procediment l'empresari i els treballadors a través des seus representants. A més a més, estem davant un procediment amb una dimensió col·lectiva perquè en ell es troben subjacent uns interessos col·lectius i perquè l'expedient afecta un bon número de treballadors. Aquests arguments impedirien que pogueren participar els treballadors de l'empresa.

Aquesta situació estaria justificada per les raons exposades anteriorment però també trobaria una justificació en el fet que atribuir la condició d'interessat als treballadors permetria que tots els treballadors de l'empresa pogueren participar, la qual cosa retardaria i dificultaria el procediment. No obstant això, ja hem comentat que l'art 3 del RD 43/1996 ha de ser interpretat en relació amb la Llei 30/1992 i per tant, hem d'entendre que els treballadors tindrien la condició d'interessats en el procediment, perquè tenen drets que poden ser afectats per la resolució o perquè els seus interessos legítims, individuals o col·lectius, poden resultar afectats per la resolució, art 31.1.a i 31.1.c Llei 30/1992. Així doncs, si es personen podrien participar en el procediment i concretament en el tràmit d'audiència.

Ara bé, en aquelles empreses amb representació col·lectiva, per una qüestió de celeritat en el procediment, la intervenció dels treballadors en les consultes i en la resta d'actes del procediment es realitzen a través dels seus representants, però aquesta circumstància no els nega la condició d'interessat. Així es desprèn del mateix art 51.13 ET en el qual es diu expressament que totes les actuacions que cal seguir i les

notificacions als treballadors es realitzaran a través dels seus representants. A més, l'art 4 del RD preveu que en els centres sense representació col·lectiva els treballadors podran intervenir en el procediment a través d'una comissió "ad hoc" amb la qual l'autoritat laboral realitzarà les successives actuacions. És a dir, que les possibles notificacions i l'audiència de l'expedient haurà de realitzar-se amb aquesta comissió.

4) EL FINAL DEL PROCEDIMENT ADMINISTRATIU:

4.1) LA JUSTIFICACIÓ DE LA PRÈVIA AUTORITZACIÓ ADMINISTRATIVA:

Com s'ha repetit en moltes ocasions, el procediment de regulació d'ocupació és un procediment administratiu especial que manté algunes peculiaritats respecte al procediment administratiu comú. No hem d'oblidar que la Llei 30/1992 sobre el règim jurídic de les administracions públiques s'aplicarà de forma supletòria en aquest procediment, art 51.13 ET. Tenint en compte la diferenciació que des del Dret Administratiu es fa dels procediments: Procediment triangular i lineals⁷⁸⁵, hauríem de dir que el procediment de regulació d'ocupació és un procediment triangular perquè l'Administració està situa en una posició imparcial i independent.

Tanmateix, el procediment de regulació d'ocupació manté respecte al procediment administratiu més d'una diferència. Així doncs, pel que fa al procediment de regulació cal diferenciar dues fases dependents, connectades i sobretot simultànies però alhora diferenciades: la fase laboral i l'administrativa, a més es tracta d'un procediment en el qual intervenen tres subjectes: l'empresari, els representants dels treballadors i l'autoritat laboral. Això sí, en el procediment de regulació d'ocupació el nostre ordenament jurídic reserva a l'autoritat laboral un paper important a l'hora de tramitar els expedients de regulació, aquesta intervenció ens obliga a diferenciar aquestes dues etapes: la laboral i l'administrativa.

El període de consultes o de negociació amb els representants dels treballadors constitueix l'etapa del procediment estrictament laboral. Aquesta fase es regeix pel principi d'autonomia col·lectiva i per la bona fe de les parts i a més té un caràcter privat. En canvi, l'alta vessant del procediment haurà de realitzar-se davant l'autoritat laboral la qual cosa fa que aquest procediment tinga també un caràcter públic. Ara bé, com ha definit algun autor⁷⁸⁶ l'expedient de regulació d'ocupació es caracteritza per la seua estructura bifàstica i el seu caràcter intervencionista, però a més, malgrat el que puga semblar convé destacar que ambdues fases són simultànies, és a dir, que transcorren de forma paral·lela.

Abans d'endinsar-nos dins de la fase administrativa i determinar el paper i les funcions que desenvolupa l'autoritat laboral dins d'aquest complex procediment, cal destacar algunes qüestions que han generat més d'un debat dins de la doctrina científica,

⁷⁸⁵ PARADA, R, "Derecho administrativo", op.cit, pàg. 216. En els procediments Triangulars l'òrgan administratiu se situa en una posició d'independència i imparcialitat enfront de dos o més administrats amb interessos contraposats ("L'Administració decideix en un conflicte entre particulars, per tant no té en absolut la condició de part interessada"). Aquest tipus de procediment es correspon amb l'activitat administrativa arbitral. En canvi, en els procediments lineals, l'Administració és part i òrgan decisorí alhora, ja que en ells està compromès l'interès públic que representa l'Administració.

⁷⁸⁶ OJEDA AVILÉS, A, "La reconversión del procedimiento de despidos colectivos en España", RL, 1993-II, pàg. 365.

uns debats que estan relacionats amb la intervenció de l'autoritat laboral en la tramitació dels acomiadaments col·lectius. Així doncs, tal vegada deuríem començar aquestes explicacions destacant el fet que la intervenció administrativa en la tramitació dels expedients de regulació d'ocupació compta amb certa tradició dins del nostre ordenament jurídic, igual que també ve de lluny els debats sobre el paper que ha de tenir l'autoritat laboral en aquest procediment.

Seguint amb aquest plantejament, La llei dels Jurats Mixtes del 1931 va aconseguir extreure els acomiadaments per crisi laboral del marc de l'autonomia de l'empresari i els va sotmetre al control realitzat pels Jurats Mixtes. Posteriorment, la LLCT de 1944 i el Decret de 26 de gener de 1944 sintetitzaren les causes d'extinció i imposaren la intervenció administrativa en relació amb les extincions produïdes per cessament de l'activitat, uns plantejaments que amb canvis i diferències, s'han consolidat en les legislacions posteriors.

Aquests canvis i alguns més han configurat poc a poc la intervenció administrativa com la pesa clau del procediment, però no és menys cert també que poc a poc i a través de les darreres reformes, han modificat el paper que ha de jugar l'autoritat laboral en aquest procediment. Tanmateix, també convé posar en relleu que enfront al paper dominant que tenia la intervenció administrativa en aquestes legislacions a partir de l'ET de 1980 i principalment a partir de la reforma del 1994, aquesta primàcia s'ha vist atenuada alhora que augmentava el paper i la importància de les consultes amb els representants dels treballadors.

Arribat a aquest punt i una vegada hem constatat que la intervenció administrativa compta amb certa tradició en la regulació dels acomiadaments col·lectius, cal assenyalar els motius que justifiquen aquest intervencionisme administratiu així com les principals crítiques que ha rebut la intervenció de l'autoritat laboral en la tramitació de l'expedient de regulació d'ocupació. Aquest anàlisi en tot cas, ha de centrar-se en la compatibilitat o no del sistema d'autorització administrativa amb el Dret Comunitari i amb el nostre ordenament intern.

Així doncs, començarem per comparar el nostre sistema amb l'ordenament comunitari. Des del punt de vista comunitari, la Directiva 98/59 només exigeix que l'empresari notifique a l'autoritat pública el seu projecte d'acomiadament col·lectiu, una notificació que haurà de contenir tots els informes sobre el projecte i les consultes amb els representants dels treballadors, art 3. Tot seguit, l'autoritat laboral comptarà amb un termini de temps destinat a buscar solucions als problemes plantejats pels acomiadaments. Podríem dir doncs, que segons les prescripcions comunitàries l'autoritat tindrà una funció *mediadora* ⁴⁷⁸⁷, és a dir, que durant aquell lapse de temps

⁷⁸⁷ GOÑI SEIN, JL, LANDA ZAPIRAIN, JP, "El tratamiento normativo de los excedentes de plantilla en la perspectiva armonizadora de la Comunidad Europea", op.cit, pàg. 223. "El tipus de solucions necessàries" passa per l'adopció de mesures laborals i pot arribar fins a la necessitat d'una autorització administrativa per procedir total, parcial o de cap forma als acomiadaments plantejats i caldrà assenyalar les mesures laborals alternatives que són més oportunes. A cada Estat li correspondrà definir el grau i extensió de la intervenció administrativa sense majors imposicions des de l'ordre comunitari. En un mateix sentit: GOERLICH PESET, JM, "Informe técnico-jurídico sobre: el despido colectivo en la Europa Comunitaria", op.cit, pàg. 178. Les solucions a aquests problemes es troben a través de mecanismes jurídics i administratius d'intervenció en el mercat de treball: recol·locacions o readaptació professional. Tanmateix, això no impedeix que l'autoritat pública pugui intentar també un paper de mediadora entre les parts de la consulta perquè puguin aconseguir un acord.

aquesta mediana entre les parts i buscarà solucions. De fet, els representants dels treballadors podran fer-li arribar les seues eventuais observacions. Però en tot cas, una vegada ha passat aquell termini de temps, l'autoritat laboral no podrà impedir que l'empresari materialitze el seu projecte d'acomiadament.

Sembla que la principal diferència entre la nostra regulació sobre els acomiadaments col·lectius i la Directiva 98/59 radica en la naturalesa que té la intervenció de l'autoritat laboral en el procediment. Mentre que en el Dret Comunitari aquesta intervenció compleix una funció mediatra, en el nostre ordenament jurídic la resolució administrativa habilita l'empresari per poder materialitzar el seu projecte d'acomiadament. És a dir, que la resolució administrativa té una naturalesa decisòria perquè sense ella l'empresari no podrà extingir els contractes. Tant és així, que els acomiadaments col·lectius realitzats sense l'oportuna autorització administrativa seran declarats nuls, art 124 LLPL.

Les funcions atribuïdes en aquestes normatives a l'autoritat laboral són molt diferents. En la Directiva 98/49 l'autoritat competent no controla la decisió de l'empresari de procedir a un acomiadament, ni tan sols pretén obstaculitzar aquella decisió. Segons la norma comunitària, la intervenció de l'autoritat competent en una reestructuració empresarial tracta només de reforçar els drets i interessos dels treballadors davant un acomiadament col·lectiu, aquesta és la idea subjacent en la Directiva ja que en ella es diu que tenint en compte la necessitat d'un desenvolupament econòmic i social equilibrat en la Comunitat, ens interessa reforçar la protecció dels treballadors en cas d'acomiadament col·lectiu.

Ara bé, també cal matisar que d'acord amb l'art 4.2 de la Directiva, l'actitud de l'autoritat laboral no és totalment abstencionista, tot el contrari, aquesta manté una actitud activa i més enllà de rebre la documentació referent al projecte d'acomiadament i al desenvolupament de les consultes, art 3.1, l'autoritat laboral haurà de buscar solucions als problemes plantejats, és a dir, haurà de mediar entre les parts i buscar solucions abans que l'empresari materialitze el seu projecte d'acomiadament. Tanmateix, com la Directiva no concreta massa les funcions de l'autoritat laboral podríem defensar que la seua activitat no és tant mediar entre les parts, és a dir, actuar com un àrbitre sinó adoptar una postura més activa.

Segons aquests plantejaments, les normes comunitàries permetrien que l'autoritat laboral pogués buscar i materialitzar mesures destinades a atenuar els efectes de l'acomiadament sobre el mercat de treball i això implicaria tractar de recol·locar els treballadors acomiadats o preveure mesures formatives que tracten de millorar les seues qualificacions. Curiosament, aquesta sembla que és la funció que les normes internacionals atribueixen a l'autoritat laboral davant una reestructuració empresarial, concretament, la Recomanació nº166 preveu que l'autoritat laboral, quan procedesca, deuria ajudar a les parts a buscar solucions als problemes que plantegen els acomiadaments.

Malgrat que el nostre sistema d'intervenció administrativa és prou diferent al que preveuen les normes comunitàries i les internacionals existeix consens doctrinal a l'hora d'afirmar que l'autorització administrativa és compatible amb el Dret

Comunitari⁷⁸⁸. Si bé és cert, que la normativa europea no atribueix a l'Administració les mateixes facultats que li reconeix el nostre ordenament jurídic, també és cert que tampoc impedeix una regulació diferent. Tant és així, que la mateixa Directiva permet als Estats membres introduir unes regulacions més favorables per als Estats, art 5 Directiva 98/59.

En aquest sentit, pot semblar que un sistema de control sobre la decisió empresarial beneficia els interessos dels treballadors i el principi d'estabilitat en l'ocupació. Així doncs, una vegada hem resolt el primer problema: la compatibilitat o no de la nostra regulació amb el Dret Comunitari, cal analitzar els problemes que planteja l'autorització administrativa al nostre ordenament jurídic. Les dificultats a nivell intern sorgeixen a l'hora de determinar l'interès o la raó que justifica la intervenció de l'autoritat laboral en els acomiadaments col·lectius o a l'hora de compaginar la Llibertat d'Empresa amb el sistema d'autorització administrativa.

Com s'ha comentat en més d'una ocasió, la llibertat d'empresa compren entre altres facultats la possibilitat d'abandonar el mercat o la possibilitat de reduir parcialment la capacitat productiva. Malgrat que aquesta llibertat ha de ser analitzada en relació amb altres drets constitucionals que poden limitar-la, sembla que l'ordenament jurídic no pot introduir una regulació que impedisca a l'empresari enfrontar les reorganitzacions de l'empresa, inclús quan aquestes suposen una reducció important de la mà d'obra. Plantejada la qüestió en aquests termes, el problema és evident: la compatibilitat o no de l'autorització administrativa amb la llibertat d'empresa i amb el principi d'autonomia col·lectiva que regeix el període de consultes.

⁷⁸⁸ RAMÍREZ MARTÍNEZ, JM, "Extinción del contrato de trabajo por causas económicas y tecnológicas: normas comunitarias y régimen español", op.cit, pàg. 365. Resulta pacífic el reconeixement que l'exigència d'autorització administrativa no és contrària a la Directiva, sinó que troba la seua justificació en el seu caràcter més favorable, art 5. Aquest debat sobre l'autorització administrativa ha de plantejar-se no en relació amb la Directiva sinó en relació amb la seua compatibilitat amb el principi de llibertat d'empresa. En un sentit similar: MONEREO PÉREZ, JL, FÉRNANDEZ AVILÉS, JA, "El despido colectivo en el Derecho Español", op.cit, pàg. 256. TORRES GOSALBEZ, L, "La nueva regulación del despido colectivo y la normativa comunitaria", en D.A, "La nueva regulación de las relaciones laborales", op.cit, pàg. 398. LÓPEZ LÓPEZ, J, "La aplicación de las normas comunitarias al ordenamiento laboral español: la Directiva de 17 Febrero de 1975 sobre despidos colectivos", op.cit, pàg. 61 i següents. En relació amb la compatibilitat del nostre sistema amb la Directiva comunitària, aquest autora s'expressa en els següents termes: tant en el nostre cas com en la Directiva intervé l'autoritat laboral però amb una intervenció ben diferenciada. Així doncs, mentre la Directiva atorga a l'autoritat laboral facultats no decisòries, el sistema espanyol fa dependre l'efectivitat dels acomiadaments de l'autorització administrativa. En aquest sentit, la intervenció de l'autoritat laboral denegant o autoritzant en els expedients actua com a garant no només d'aquells que resol directament, sinó que també amplia la seua influència a aquells que es resolen per pacte, sobretot en un país amb uns sindicats dèbils. En conclusió, l'art 5 de la Directiva permet millorar les seues normes, i això fa l'art 51 ET. VALDÉS DALRÉ, F, "Intervención administrativa y despidos económicos: funciones, disfunciones y tópicos", RL, 1994-I, pàg. 27. Aquest autor també reconeix la compatibilitat de la regulació interna amb la comunitària, però no perquè la Directiva té un caràcter mínim i per tant, la nostra regulació millora aquell mínim, sinó perquè la Directiva no defineix el tipus de control que han de realitzar sobre els acomiadaments. Així doncs, establir un control posterior per un òrgan judicial o administratiu és una qüestió d'opció legislativa. A més d'aquests plantejaments doctrinals, la mateixa Comissió va reconèixer la conformitat de la regulació espanyola amb la Directiva 75/129: Informe sobre el grau d'aplicació de la Directiva 75/129, sec (91) 1639 final, Brussel·les, 13 de setembre del 1991. En aquell informe la Comissió qualifica com a molt adequada la normativa espanyola en relació amb les exigències comunitàries, malgrat les insuficiències en relació amb les obligacions d'informació amb els representants dels treballadors.

En relació amb aquesta problemàtica, cal començar dient que l'actuació de l'autoritat laboral en el procediment limita una de les facultats de la llibertat d'empresa: la llibertat d'abandonar el mercat però aquest intervencionisme administratiu es trobaria justificat per tractar de protegir altres interessos. Així doncs, sembla que l'autorització administrativa en els acomiadaments col·lectius tractaria de protegir un interès públic com pot ser l'ocupació, sobretot, en èpoques de crisi en les quals es podia veure afectada l'estabilitat social i econòmica.

Tanmateix, no falten veus que discrepen d'aquest plantejament. Alguns⁷⁸⁹ neguen l'existència d'un interès públic que pugui justificar la intervenció de l'Administració en aquesta matèria, ja que la protecció dels treballadors es pot aconseguir sotmetent l'acomiadament a un control judicial. Més concretament es diu que els acomiadaments col·lectius tenen una transcendència social i política que no pot negar-se, però aquesta transcendència no justifica la intervenció de l'Administració. Aquesta justificació és difícil perquè no és possible identificar en els acomiadaments col·lectius l'existència d'un interès públic diferenciat dels interessos de les parts (empresari i treballadors) que requereixi una especial protecció per part de l'Administració enfront del perill derivat de la facultat privada d'acomiar per causes econòmiques o tecnològiques.

Segons manté aquest corrent doctrinal⁷⁹⁰, els acomiadaments col·lectius són un afer *inter privados*, encara que la intervenció administrativa suggereix que per al legislador té una transcendència pública. En el desenvolupament d'aquesta intervenció es posa en relleu també interessos col·laterals (control indirecte de costos socials en forma de prestacions per desocupació o raons d'ordre públic connectades amb les mesures de conflicte) però el paper que té l'Administració consisteix bàsicament a resoldre una controvèrsia jurídica.

En canvi, segons defenen altres autors⁷⁹¹, en l'actuació de l'Administració en matèria d'acomiadaments col·lectius es troba en presència un interès públic i social perquè en aquest supòsit es debat alguna cosa que està per damunt de l'interès particular de l'empresari. Ens trobem davant un complicat sistema de relacions on entren en joc els interessos particulars i altres més generals. Per tant, cal buscar fórmules d'harmonia i equilibri.

En aquest sentit, no podem oblidar que els acomiadaments col·lectius no només produeixen uns efectes individuals que repercuteixen sobre els treballadors que són acomiadats, sinó que també produeixen altres efectes col·lectius que repercutiran sobre la societat i el mercat de treball ja que augmentaran les taxes d'atur i les despeses públiques. En aquest sentit, en l'exposició de motius de la Llei 11/1994 es diu que "la intervenció administrativa en el supòsit dels acomiadaments col·lectius es manté perquè els interessos econòmics i socials han de ponderar-se".

Així doncs, tal vegada l'objectiu de la intervenció de l'Administració en aquesta matèria no és la relació entre particulars, sinó la rellevància que aquesta relació pot tenir

⁷⁸⁹ DESDENTADO DAROCA, E, "La intervención administrativa en los despidos colectivos: naturaleza y procedimiento", op.cit, pàg. 230.

⁷⁹⁰ RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M, "Lo individual y colectivo en el despido "objetivo"", op.cit, pàg. 100.

⁷⁹¹ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, JJ, "Expedientes de regulación de empleo", op.cit, pàg. 163.

en l'interès públic. Sembla lògic doncs, que aquesta transcendència pública que poden tenir els acomiadaments col·lectius pugui justificar algun tipus d'intervenció per part de l'Administració en relació amb els acomiadaments col·lectius, encara que aquesta intervenció supose una limitació de la llibertat d'empresa.

Aquest intervencionisme no només estaria justificat per les idees exposades anteriorment, sinó que determinades previsions constitucionals poden propiciar algun tipus de control per part de l'Administració. Així és, concretament la CE recull el compromís dels poders públics de promoure les condicions favorables per al progrés social i econòmic i a més, haurà de realitzar una política orientada a la plena ocupació, art 40 CE. A més d'aquesta previsió, la CE recull un conjunt de preceptes en matèria econòmica que orientaran la política econòmica del govern, art 128 al 131 CE, i que poden ajudar a justificar la intervenció administrativa en els acomiadaments col·lectius.

Per tant, conforme a les prescripcions constitucionals en matèria econòmica la intervenció administrativa pot considerar-se com un mitjà d'intervenció de l'Estat en l'economia que trobaria la seua justificació en les orientacions sobre la política d'ocupació i la política econòmica que el govern ha de seguir. Aquesta intervenció suposarà certament una limitació de la llibertat d'empresa però que estaria justificada per l'existència d'altres valors socials amb un reconeixement constitucional. Seguint aquest plantejament, l'autorització administrativa en els acomiadaments col·lectius estaria relacionada amb el principi a l'estabilitat en l'ocupació.

És a dir, malgrat que l'autorització administrativa no és un requisit exigít per la CE el podríem posar en relació amb alguns principis constitucionals. En la STC 22/1981, de 2 de juliol, el TC tracta de connectar la protecció contra l'acomiadament amb el dret al treball o més concretament amb el principi d'estabilitat en l'ocupació⁷⁹². Efectivament, en aquella sentència el Tribunal va afirmar el següent: "el Dret al Treball no s'exhaureix en la llibertat de treballar, suposa també el dret a l'estabilitat en l'ocupació, és a dir, a no ser acomiadat si no existeix una causa justa i en la seua dimensió col·lectiva el dret al treball suposa un mandat als poders públics a efecte que realitzen una política dirigida a la plena ocupació".

Segons aquestes idees, l'existència d'un control posterior sobre la mesura empresarial per part de l'autoritat laboral pot suposa en teoria una major protecció per als treballadors que possiblement es poden veure afectats per l'acomiadament. De tal forma, que aquesta intervenció davant l'acomiadament connectaria amb el principi a l'estabilitat en l'ocupació, art 35 CE. Certament, aquesta garantia del principi d'estabilitat en l'ocupació que suposa la prèvia autorització administrativa pot aconseguir-se d'altres formes i no necessàriament a través de l'intervencionisme administratiu: mitjançant el control judicial declarant nul l'acomiadament realitzat sense causa o a través d'altres possibles fórmules, però aquest és un altre debat.

⁷⁹² També algun autor ha connectat l'autorització administrativa amb el principi d'estabilitat en l'ocupació. ELORZA GUERRERO "Los acuerdos d'empresa en el ET", op.cit, pàg. 221. La resolució administrativa actua com un instrument de salvaguarda de l'interès públic centrat en la defensa de l'estabilitat en l'ocupació. L'autorització administrativa no deixa de ser un instrument de defensa passiva del principi d'estabilitat en l'ocupació inspirat en situacions de plena ocupació. Tanmateix, reconeix que aquesta poc aporta a l'hora d'una defensa activa d'aquella estabilitat on l'autonomia col·lectiva ha de tenir un caràcter protagonista.

Així és, aquests debats no tenen com a objecte analitzar la legalitat o compatibilitat de l'autorització administrativa amb el nostre ordenament intern ni tan sols si existeix un "interès públic" que justifica aquest tipus d'actuació per part de l'Administració. Realment, els debats sobre la conveniència o no de garantir el principi d'estabilitat en l'ocupació mitjançant la tècnica de la prèvia autorització administrativa tenen com a finalitat debatre una opció de política legislativa i bàsicament si allò més convenient es garantir aquest "interès públic" a través d'una tècnica o d'altra.

Arribat a aquest punt, convé destacar que tal com es configura la intervenció administrativa en l'actual regulació dels acomiadaments col·lectius, aquesta és troba connectada amb el dret al treball, art 35 CE però a més, és compatible amb la llibertat d'empresa. Com sabem, la facultat de tancar les instal·lacions o reduir la capacitat productiva amb la conseqüent reducció de mà d'obra forma part del contingut a la llibertat d'empresa, però aquesta llibertat no impedeix que pugui existir alguna mena de control sobre aquella decisió. A més, no hem d'oblidar que l'actuació de l'Administració no es discrecional, sinó que és una actuació reglada i això ens permet defensar la compatibilitat de l'autorització administrativa amb la llibertat d'empresa.

Certament hi ha qui considera que allò més respectuós amb la llibertat d'empresa seria un sistema sense control previ i evidentment sense l'exigència de l'autorització administrativa i en el qual el control a posteriori es limités a valorar els aspectes formals i la indemnització, sense entrar en el fons de la qüestió, és a dir, en la "justificació" o no de la decisió empresarial⁷⁹³. Tanmateix, no falten veus que mantenen la compatibilitat de l'autorització administrativa amb la llibertat d'empresa.

En aquest sentit i segons defenen alguns autors, des d'una perspectiva constitucional, no només es permet sinó que s'imposa l'actuació administrativa en el camp dels acomiadaments col·lectius. És més, la intervenció administrativa s'imposa en reconeixement i garantia de la Llibertat d'Empresa⁷⁹⁴. Per altra banda, com expliquen alguns autors⁷⁹⁵, la llibertat d'empresa no té un caràcter absolut, es troba limitada per la fricció amb altres valors. Aquestes restriccions operen en interès de la prevenció de l'atur. Així doncs, el poder públic intervé en la mesura que és portador d'un interès general. Ara bé, l'establiment de l'autorització administrativa no es considerarà contrària a la llibertat d'empresa sempre que no extralimite les seues atribucions⁷⁹⁶.

Segons defenen⁷⁹⁷, la restricció de la Llibertat d'empresa sorgeix, en essència, de la subjecció dels poders empresarials de disposició a l'existència de causes justificatives previstes legislativament. Per tant, en cap cas la limitació administrativa instrumental sobre la qual es basa el procediment de regulació d'ocupació afecta el contingut essencial de la Llibertat d'empresa. A més, l'activitat que desenvolupa l'Administració consisteix bàsicament a confrontar la sol·licitud empresarial amb les causes que permeten adoptar l'acomiadament. És un procediment administratiu de verificació per

⁷⁹³ DURAN LÓPEZ, F, "Contenidos laborales de la Libertad del derecho constitucional a la libertad de empresa", en D.A, La libertad de empresa en las relaciones laborales en España", op.cit, pàg. 65.

⁷⁹⁴ NAVARRO NIETO, F, "Los despidos colectivos", op.cit, Pàg. 198.

⁷⁹⁵ MONEREO PÉREZ, JL, FERNÁNDEZ AVILÉS, JA, "El despido colectivo en el Derecho Español", op.cit, pàg. 258 i 259

⁷⁹⁶ GOERLICH PESET, JM, "Libertad de empresa y extinción del contrato de trabajo", en D.A, "La libertad de empresa en las relaciones laborales en España", op.cit, pàg. 261.

⁷⁹⁷ CASAS BAAMONDE, M^aE, "Causalidad del despido colectivo, autorización administrativa y negociación colectiva", op.cit, pàg. 51.

les Administracions de caràcter estrictament reglat, sense que aquestes disposen de facultats discrecionals en virtut de les quals poden oposar-se als acomiadaments o arbitrar entre els interessos de l'empresari i els treballadors, que per altra part estan ja arbitrats o repartits pel legislador.

Així doncs, aquesta compatibilitat entre la intervenció administrativa i la Llibertat d'empresa es veu reforçada pel tipus d'actuació per part de l'Administració. La intervenció de l'autoritat laboral en aquesta matèria es limita a constatar el compliment dels requisits fixats en l'art 51 ET, de tal forma, que si es donen haurà d'homologar l'acord i en cas que observe frau, dol, coacció o abús de dret haurà de remetre l'acord a l'òrgan judicial a efecte que es pronuncie sobre aquestes qüestions. Per altra banda, si el període de consultes finalitza sense acord, la resolució de l'Administració es limitarà a acceptar tot o part d'allò sol·licitat, sense que siga possible que propose mesures alternatives ni entre a resoldre altres qüestions perquè la resolució ha de ser congruent amb allò sol·licitat.

Tanmateix, no podem negar que la prèvia autorització administrativa en els acomiadaments col·lectius produeix algunes tensions en relació amb la tendència que han seguit els darrers canvis legislatius. Aquests canvis han suposat un major pes del període de consultes en perjudici de l'intervencionisme administratiu. Tan és així, que tal vegada siga possible afirmar que a partir de la reforma del 1994 el legislador va potenciar la negociació col·lectiva i les solucions pactades en les reestructuracions empresarials i va potenciar alhora els acords d'empresa.

En aquest sentit, hem de recordar de nou que el legislador va aproximar el període de consultes a les regles sobre la negociació col·lectiva del títol III i va fomentar els procediments extrajudicials per a resoldre les discrepàncies dins del període de consultes. Des d'aquesta perspectiva, resulta complicat compaginar la intervenció administrativa en els acomiadaments col·lectius amb el principi d'autonomia col·lectiva que regeix al període de consultes, sobretot, quan aquest conclou amb un acord entre les parts. Certament, en aquestes circumstàncies no s'entén massa bé la funció que ha de jugar l'autoritat laboral inclús acceptant que l'actuació de l'administració és reglada i això implicarà que aquesta es limitarà a homologar l'acord.

Per concloure, cal reconèixer que la nostra regulació sobre els acomiadaments col·lectius, incloent el requisit d'autorització administrativa, és compatible amb el sistema comunitari i amb el nostre ordenament jurídic. El debat sobre aquesta qüestió deixa de ser un debat sobre la legalitat o no d'aquest intervencionisme i es converteix en un debat sobre l'oportunitat de mantenir l'autorització administrativa en els acomiadaments col·lectius. Així doncs, segurament alguns puguen pensar que l'eliminació de l'autorització administrativa i consegüentment la major flexibilitat del règim dels acomiadaments col·lectius milloraria la competitivitat de les empreses en la mesura que estaríem facilitant els ajustaments de plantilla⁷⁹⁸. No obstant això, sembla

⁷⁹⁸ TORRES GOSALBEZ, L, "La nueva regulación del Despido colectivo y la normativa comunitaria", en D.A, "La nueva regulación de las relaciones laborales", op.cit, pàg. 391. Com destaca aquest autor, la patronal ha defès la supressió de l'autorització administrativa per considerar-la com un element de rigidesa innecessari i un element que pertorba la lliure decisió de l'empresari d'adaptar les plantilles en moments de crisis o dificultats. En canvi, els sindicats han apostat per mantenir-la, ja que entenen que la seua eliminació deixaria en mans de l'empresari la possibilitat d'acomiadar.

que unes mesures com aquestes que tenen una rellevància social tan important requereixen algun tipus de control.

Una vegada hem determinat la necessitat d'establir una mena de control sobre aquestes qüestions per part de l'autoritat laboral, un control que troba la seua raó de ser en l'existència d'un interès públic o general que cal protegir, es podria debatre, en vistes a futures reformes, quin tipus de control és el més convenient. Concretament, podríem analitzar si allò més convenient es reservar la prèvia autorització administrativa només als supòsits en els quals el període de consultes finalitza sense acord o tal vegada allò més convenient es atribuir una funció mediatra o de col·laboració a l'autoritat laboral, com ocorre en el Dret Comunitari i en el Dret Internacional.

Continuant amb aquestes idees, hi ha qui considera que tal vegada la intervenció administrativa hauria de ser una intervenció mediatra⁷⁹⁹, l'autoritat laboral actuaria com una mena d'àrbitre. Com destaca algun autor⁸⁰⁰ “Un tema tan vital com la crisi d'empresa pot finalitzar tràgicament sense arribar a solucions quan l'afronten en solitari l'empresari i els treballadors. Una autoritat laboral experimentada en recursos humans, com és la laboral, pot desenvolupar un transcendental paper mediatra que retalle les deliberacions i permeta respostes a més llarg termini. A més, pot desenvolupar un inestimable control preventiu de legalitat i d'oportunitat i alertar de determinades situacions abans que aquestes es convertesquen en patològiques”.

En part, aquests plantejaments que reivindiquen un paper mediatra de l'autoritat laboral suposen una major rellevància del període de consultes en detriment de l'intervencionisme administratiu. Es tracta de potenciar la capacitat de les parts a l'hora de regular les condicions laborals en una reestructuració empresarial. Com manté algun autor: “La intervenció administrativa ha de ser una intervenció mediatra., la tutela dels drets dels treballadors en aquests supòsits ha d'articular-se a través de mesures de pressió sindical i procediments de mediació, consulta i la garantia dels drets d'informació”.

⁷⁹⁹ DURAN LÓEZ, F, “Contenidos laborales del derecho constitucional a la libertad de empresa”, en D.A, “La libertad de empresa y relaciones laborales en España”, op.cit, pàg. 64. La intervenció administrativa ha de ser mediatra. Si va més enllà i exigim autorització administrativa prèvia per extingir, hem de tenir en compte que es tracta en aquest supòsit d'una intervenció arbitral quan entra a valorar els criteris empresarials i a decidir si la pretensió està justificada tècnicament o econòmicament, això vulnera l'àmbit de decisió de l'empresari reconegut per la llibertat d'empresa. NAVARRO NIETO, F, “Los despidos colectivos”, op.cit, pàg. 201. “L'atribució d'una funció arbitral a l'Administració, és a dir, de reconeixement d'una funció de resolució de conflictes d'interessos entre particulars, és més adequada que la tècnica judicial centrada en el conflicte jurídic i més atenta als efectes del cas jutjat sobre els efectes contractuals. OJEDA AVILÉS, A, “La reconversión del procedimiento de despidos colectivos en España”, op.cit, pàg. 278 i següents. Aquest autor proposa en vistes a futures reformes un canvi radical de la funció de l'autoritat laboral. Així doncs, tenint en compte la Llei sobre la reconversió industrial i l'experiència alemanya, proposa la creació d'una comissió tripartida formada per l'empresa, els representants dels treballadors i l'Administració. En aquesta comissió no hauria igualtat entre les parts perquè l'Administració no és part interessada, ja que la legalitat de la seua actuació radica en el fet que representa la imparcialitat d'un àrbitre, encara que aquesta també defèn un interès no tan genèric com podríem pensar sobretot si pel mig hi ha subvencions i altres ajudes. Dins d'aquella comissió l'Administració exerciria llavors de mediació amb la finalitat d'obtenir una solució ràpida i no traumàtica del conflicte i amb l'objectiu de salvaguardar la pau social. A més a més, actuaria dosificant les ajudes i en darrer lloc faria complir la legalitat i evitaria situacions de frau. Per totes aquestes funcions, sembla aconsellable la presència d'un representant de Treball o d'Economia.

⁸⁰⁰ OJEDA AVILÉS, A, “La reconversión del procedimiento de despidos colectivos en España”, op.cit, pàg. 373.

Ara bé, aquest plantejament pot funcionar en empreses amb una forta implantació sindical en les quals els representants dels treballadors tenen força suficient per a poder negociar unes reestructuracions el menys perjudicials possibles. Però clar està, en aquelles empreses on hi ha una dèbil implantació sindical “petites i mitjanes empreses” el retrocés de l'intervencionisme administratiu en els acomiadaments col·lectius en benefici de l'autonomia col·lectiva, pot causar una situació de certa desprotecció dels treballadors.

A més d'aquest plantejament, altres autors exposen⁸⁰¹ que tal vegada la intervenció administrativa deuria reservar-se als supòsits on no s'ha produït acord entre les parts en el període de consultes. En canvi, en cas d'acord sobre la reorganització empresarial el control administratiu no s'entén massa bé sobretot, perquè el període de consultes tal com està configurat actualment, és una vertadera negociació col·lectiva sobre la reestructuració empresarial durant les quals caldrà debatre, negociar i acordar diferents tipus de mesures que afectaran les condicions de treball i als mateixos treballadors.

Aquest plantejament pot tenir sentit si pensem que aquestes negociacions en bona part són la conseqüència dels poders de participació dels representants dels treballadors a l'empresa, una participació que s'articula a través de la consulta i la negociació. Però a més, les negociacions són conseqüència del principi d'autonomia col·lectiva. Segons aquests plantejaments, no s'entén massa bé l'exigència de la prèvia autorització administrativa en cas d'acord entre les parts, ja que el possible control sobre els temes abordats en l'acord es pot realitzar a través dels òrgans judicials.

Sota aquests plantejaments, allò que es pretén es reduir o eliminar el control per part de l'autoritat laboral i que aquest siga realitzat pels òrgans judicials⁸⁰². Aquells que defenen la supressió de l'autorització administrativa en aquests supòsits no pretenen imposar un sistema d'acomiadament lliure sense cap tipus de control, allò que defenen és que aquest control el realitzen els òrgans judicials com ocorre amb la resta d'extincions del contracte de treball, incloent els acomiadaments per causes empresarials tramitats per la via de l'art 52.c ET.

Però a més de les possibles actuacions que podria tenir l'Administració i que hem analitzat fins ara, cabria una darrera funció que tal vegada estaria relacionada amb l'activitat “mediadora” que li atribueix la normativa Comunitària, em referesc a la possible col·laboració de l'autoritat laboral amb les parts que negocien l'expedient a l'hora de dur a terme els compromisos recollits en el pla d'acompanyament social.

⁸⁰¹ MONEREO PÉREZ, JL, FERNÁNDEZ AVILÉS, JA, “El Despido colectivo en el derecho español”, op.cit, pàg. 262. Quan no existeix acord és quan podria entra en joc l'autorització administrativa en sentit fort, però existeixen distorsions en el nostre sistema d'intervencionisme públic perquè l'autorització és exigida també quan existeix acord col·lectiu, encara que aquest control és dèbil, és a dir, reglat. No obstant això, això no deixa de planejar algun problema amb l'ús ordinari de l'autorització administrativa.

⁸⁰² VALDÉS DAL-RÉ, F, “Intervención administrativa y despidos económicos: disfunción y tópicos”, op.cit, pàg. 23. ELORZA GUERRERO, F, “Los acuerdos de empresa en el ET”, op.cit, pàg. 225: Sembla raonable defensar una reforma moderada del paper de l'autoritat laboral quan existeix acord durant les negociacions, la qual cosa no significa defensar una supressió total del control administratiu. Tot el contrari, aquesta sempre tindrà un paper que realitzar en aquesta matèria per la repercussió social que provoca els acomiadaments, però el seu paper podria consistir a controlar la regularitat del procediment o controlar si existeixen situacions de il·legalitat o de lesió d'interessos de tercers.

Aquest tipus d'actuació podria trobar el seu fonament legal en la Recomanació nº166. Recordem, que en ella es diu que l'autoritat competent deuria ajudar a les parts a buscar solucions als problemes que plantegen les extincions dels contractes de treball.

Ja s'ha comentat que possiblement la Recomanació nº166 i la Directiva 98/59 pretenen atribuir una funció mediatora a l'autoritat laboral. La seua activitat no tractaria d'impedir els acomiadaments, ni tan sols realitzaria un control de legalitat, l'activitat realitzada per l'autoritat administrativa es limitaria a mediar entre les parts i buscar solucions durant un termini determinat. De tal forma, que passat aquest temps l'empresari sempre podria acabar materialitzant les mesures del seu projecte d'acomiadament col·lectiu.

No obstant això, aquestes normes no analitzen amb deteniment les possibles funcions de l'autoritat laboral ni tan sols sobre el tipus d'activitat que aquesta ha de realitzar. Aquesta falta de concreció per part de les normes internacionals i comunitàries ens permetria interpretar que quan aquestes normes diuen que l'autoritat laboral haurà de buscar solucions als problemes plantejats pels acomiadaments, possiblement vol dir que l'autoritat administrativa deuria buscar formules per contrarestar els efectes d'aquestes reestructuracions sobre el mercat de treball.

En qualsevol cas, aquest tipus d'activitat no està renyida amb altres possibles funcions que pot desenvolupar l'autoritat laboral, principalment en cas de desacord, però sí que pot plantejar alguna fricció amb el principi d'autonomia col·lectiva, és a dir, amb la capacitat reconeguda a les parts per regular les condicions laborals en un àmbit determinat. Precisament per això, les possibles formules que pensem per articular aquesta col·laboració entre l'autoritat laboral i les parts que negocien l'expedient hauran de ser molt respectuoses amb allò acordat per l'empresari i pels representants dels treballadors. Aquesta col·laboració es limitaria a fer efectives o a tractar de dur a terme algunes de les mesures incloses en el pla social, principalment pel que fa a les mesures relacionades amb la inserció laboral dels excedents de plantilla i les mesures formatives.

Com he comentat en altres apartats, aquesta funció d'ajuda o col·laboració de l'Administració en relació amb aquestes propostes estan en sintonia amb el tipus de reestructuracions que des de les instàncies europees es vol impulsar: reestructuracions socialment responsables. Pensem que des d'aquella lògica, allò que es vol és que les reorganitzacions i reestructuracions empresarials responguen a un doble imperatiu: econòmic i social. La negociació sobre la reestructuració de l'empresa haurà de tenir en compte els interessos de totes les parts implicades pel canvi i donar resposta no només a les necessitats econòmiques i organitzatives que afecten l'empresa, sinó també haurà de donar solucions a les necessitats i problemes socials que acompanyen aquest procés de transformacions empresarials i que afecten principalment els excedents de les plantilles de les empreses en reestructuració.

D'acord amb aquests plantejaments, si allò que volem són reestructuracions socialment responsables com comença a impulsar la UE, els plans socials no podran quedar reduïts a indemnitzacions sensiblement més elevades que les fixades legalment, a plans de prejubilacions o programes de baixes amb incentius. Els plans d'acompanyament social hauran d'incloure també mesures destinades a inserir de nou en el món laboral els excedents de plantilla i quan siga necessari, caldrà que incloguen mesures formatives que faciliten la reincorporació dels treballadors en el mercat laboral

o el seu trànsit cap a altres ocupacions. La mateixa Comissió de la UE, com ja he repetit en altres ocasions, considera que les reestructuracions han de preparar-se identificant tots els riscos importants, calculant els costos directes i indirectes de les estratègies i les mesures alternatives i avaluant totes les mesures que permetrien reduir els acomiadaments necessaris⁸⁰³.

Tanmateix, a ningú se li escapa les dificultats pràctiques que tenen les parts implicades en la negociació d'un projecte d'acomiadament per dur a terme moltes de les mesures incloses en els plans socials, sobretot, en relació amb la inserció dels treballadors acomiadats. Inclús en els supòsits en què l'empresa i els representants dels treballadors vulguen complir amb aquestes mesures, els recursos que tenen per poder dur-les endavant són limitats, per això la col·laboració de l'autoritat laboral en aquest terreny pot ser interessant.

En qualsevol cas, aquesta és una de les possibles propostes en cas d'una hipotètica reforma sobre la matèria, de moment la realitat és ben diferent i el paper que ha de jugar l'autoritat laboral en un acomiadament col·lectiu dista molt d'aquests plantejaments. Actualment, el nostre ordenament jurídic configura la prèvia autorització administrativa com un requisit necessari per materialitzar les extincions i la resta de mesures incloses en el projecte, existesca o no acord durant el període de consultes amb els representants dels treballadors. Així doncs, l'activitat de l'autoritat laboral és decisòria i a més actua restringint els poders d'organització de l'empresari.

4.2) EL TIPUS D'ACTIVITAT REALITZAT PER L'AUTORITAT LABORAL EN ELS ACOMIADAMENTS COL·LECTIUS:

L'activitat realitzada per l'autoritat laboral en una reestructuració empresarial té una naturalesa decisòria perquè aquesta ha de decidir sobre allò sol·licitat. A diferència d'allò que ocorre en el Dret Comunitari i en les normes de l'OIT on l'Administració corresponent desenvolupa una activitat de mediació, en el nostre cas la seua funció no és ni realitzar una activitat medidora ni resoldre un conflicte d'interessos entre les parts, ja que aquest conflicte es resoldrà en principi durant la fase de consultes.

Segons l'art 51 ET i el RD 43/1996, l'autoritat laboral realitzarà un control de legalitat sobre aquella decisió, és a dir, que aquesta es limitarà en principi a comprovar que concorren els requisits de l'art 51 ET si aquests es donen l'autoritat laboral haurà d'autoritzar les extincions i en cas contrari, haurà de denegar o autoritzar íntegrament o parcialment allò sol·licitat. En el nostre ordenament jurídic l'autorització administrativa allò que pretén és remoure els límits o condicions per exercir un dret, una vegada ha comprovat que compleixen les condicions d'exercici i no és contrari a l'interès públic⁸⁰⁴.

En un mateix sentit, es pronuncia alguna resolució judicial⁸⁰⁵ i diu: "a través de la tècnica del control preventiu, l'Administració condiona l'exercici d'un dret a la prèvia activitat administrativa de l'autorització, però aquesta autorització allò que fa és

⁸⁰³ Llibre Verd sobre com fomentar un marc europeu per a la responsabilitat social de les empreses, COM(2001) 366 final, pàg. 10 i Comunicació de la Comissió sobre Reestructuracions i Ocupació. Com(2005) 120 final.

⁸⁰⁴ PARADA, R, "Derecho Administrativo I", op.cit, Pág. 216.

⁸⁰⁵ STSJ Catalunya, 9 de juliol de 2004, AS 2681

permetre l'exercici d'un dret, després que l'adeqüen a l'interès públic". Aquesta llavor és controlada per l'Administració la qual ha de concedir l'autorització si es donen les exigències legals i reglamentaries. Tanmateix, com veurem més endavant, la llavor de l'autoritat laboral no es limita a comprovar que es donen els requisits formals de l'art 51 ET, ja que això impediria que l'Administració pogués fer un mínim control sobre la causalitat i la proporcionalitat del projecte i com veurem, l'autoritat laboral pot realitzar aquest tipus de control.

Aquests plantejaments troben cert recolzament legal en l'art 51.6 ET, en ell el legislador preveu que l'autorització procedirà quan de la documentació que forma part de l'expedient es desprenga raonablement que les mesures proposades per l'empresari són necessàries segons les finalitats previstes en l'art 51 ET. Aquesta previsió té unes conseqüències importants, perquè el precepte en qüestió determina que l'activitat de l'Administració ha de ser reglada i no discrecional, i això implica que si concorre la causa i la resta de requisits, l'autoritat laboral haurà necessàriament d'autoritzar les extincions encara que considere que poden haver altres mesures més convenients.

Aquest tipus d'activitat i control reglat per part de l'autoritat laboral és coherent amb el principi de legalitat. Aquest principi limita l'actuació de l'Administració i obliga l'autoritat laboral a cenyir-se, a interpretar i aplicar la normativa ja existent al cas concret. Per tant, davant un acomiadament col·lectiu l'autoritat laboral haurà d'interpretar i aplicar l'art 51 ET i decidir si autoritza o no els acomiadaments, és a dir, haurà de limitar-se a realitzar un control de legalitat, comprovar que concorren els requisits legals i actuar en conseqüència, però no podrà proposar mesures alternatives o realitzar un control de conveniència.

Seguint amb aquests plantejaments, es diu que l'autorització administrativa ha de considerar-se com un acte de control reglat que determina si es compleixen les exigències legals o reglamentaries previstes en la norma. Si els fets estan clars no podem reconèixer cap marge discrecional a l'hora d'atorgar o denegar l'autorització⁸⁰⁶. És més, l'activitat de l'autoritat laboral en els acomiadaments col·lectius es troba prefigurada. Així és, aquesta haurà d'aplicar la norma i utilitzar raonaments jurídics a l'hora de fonamentar la seua resolució. No hem d'oblidar que d'acord amb allò dit en la Llei 30/1992, les Administracions serveixen amb objectivitat als interessos generals i actuen sotmeses a la CE, la Llei i el Dret, art 3. Això en el cas concret significa que l'autoritat laboral haurà de limitar-se a autoritzar o denegar la proposta empresarial en els termes fixats en l'art 51 ET.

Però és més, l'art 51.6 ET va més enllà i no només delimita l'activitat que ha de realitzar l'autoritat laboral, a més fixa els criteris que aquesta utilitzarà a l'hora de valorar si concorren els requisits de l'art 51 ET. Concretament, haurà de tenir en compte la proporcionalitat, raonabilitat i necessitat de les mesures en relació amb les finalitats buscades a través dels acomiadaments. Segons el precepte de la documentació aportada per l'empresari, l'autoritat laboral haurà de valorar si existeix el desequilibri que justifica l'acomiadament col·lectiu i valorar alhora si les mesures proposades són raonables, és a dir, si responen a la finalitat buscada a través de l'acomiadament i que no és altra que superar una situació negativa de l'empresa o garantir la viabilitat futura d'aquesta.

⁸⁰⁶ PARADA, R, "Derecho Administrativo", op.cit, pàg. 381.

Sense negar el dit fins aleshores, cal matisar un poc el plantejament exposat en les línies anteriors. És cert que l'activitat de l'autoritat laboral és reglada però, alhora l'activitat desenvolupada per l'autoritat laboral gaudeix d'un cert nivell de discrecionalitat, i malgrat el que puga semblar això no és contradictori⁸⁰⁷. D'acord amb l'art 51.6 ET l'autoritat laboral haurà de valorar si existeix un desequilibri empresarial i si les mesures proposades són proporcionals, malgrat que el legislador aporta alguns dels criteris que l'autoritat laboral haurà de tenir en compte a l'hora de valorar aquestes qüestions, no podem negar que aquesta tindrà un mínim de llibertat a l'hora d'interpretar aquells conceptes jurídics indeterminats. sobretot, en relació amb la causa. Certament, parlem d'un mínim de discrecionalitat perquè l'anàlisi d'aquelles qüestions estarà guiat pels informes sol·licitats durant la instrucció de l'expedient i pels criteris exposats anteriorment.

En qualsevol cas, l'activitat reglada de l'Administració limita o restringeix la seua actuació en les reestructuracions empresarials. Aquesta no gaudeix d'unes facultats il·limitades a l'hora de valorar allò sobre el qual ha de pronunciar-se ni pot realitzar aquestes valoracions utilitzant qualsevol tipus de criteris. L'autoritat laboral no és lliure per apreciar en cada cas allò que li sembla més just en funció de criteris d'oportunitat, ni pot valorar i decidir sobre allò plantejat utilitzant criteris no jurídics: polítics, d'oportunitat, o en funció d'allò que és més convenient en cada moment. Tot el contrari, la seua activitat es limita a aplicar la norma, perquè la funció de l'Administració no és buscar la solució més justa en cada cas, sinó interpretar el concepte jurídic i valorar en funció de criteris objectius i no subjectius si en funció d'aquella interpretació es pot autoritzar o denegar allò sol·licitat, és a dir, el projecte d'acomiadament.

L'actuació reglada de l'autoritat laboral va ser una de les majors aportacions de la reforma del 1994 en relació amb el procediment de regulació d'ocupació. Durant l'ET de 1980 l'autoritat laboral comptava amb unes facultats exorbitants que li permetien decidir inclús sobre qüestions no sol·licitades o proposar mesures alternatives no plantejades per l'empresari. Recordem que l'art 15 del RD 696/1980 permetia per una part, que l'Administració decidira sobre les qüestions plantejades pels interessats i sobre aquelles que pogueren derivar-se de l'expedient i per altra part, permetia que *proposés* i *acordés* altre tipus de mesures diferents d'aquelles que havien sol·licitat inclús en el supòsit que les parts no les hagueren sol·licitat.

D'acord amb aquest plantejament, durant la vigència de l'ET de 1980 l'activitat de l'autoritat laboral no es trobava adequadament prefigurada, perquè malgrat que la seua activitat consistia a autoritzar o denegar l'autorització per extingir els contractes, l'Administració comptava amb unes importants facultats a l'hora de valorar i decidir sobre allò plantejat. Tant és així, que podríem dir que la seua activitat no consistia a interpretar i aplicar els preceptes en qüestió i autoritzar les extincions si es donaven els

⁸⁰⁷ MONEREO PÉREZ, JL, FERNÁNDEZ AVILÉS, "El despido colectivo en el derecho español", op.cit, pàg. 270. La fórmula de l'art 51 ET posa en relleu la necessitat de contemplar l'existència d'un mínim marge de discrecionalitat o d'apreciació en l'aplicació de la norma per part de l'Administració que és inherent als mateixos principis polítics i jurídics. No es tracta de la simple apreciació d'una causa, sinó de ponderar la raonabilitat de la mesura proposada en relació amb el supòsit específic a la llum d'una sèrie de principis que cal garantir, la qual cosa obri certs marges decisoris. En un sentit similar: NAVARRO NIETO, F, "Los despidos colectivos", op.cit, pàg. 226.

requisits legals, la seua activitat consistia més aviat a buscar la solució més “adequada” o “convenient” al problema plantejat.

Segons aquest tipus de control i les facultats reconegudes per l'art 15 RD 696/1980 a l'Administració, la solució de l'autoritat laboral podia coincidir o no amb les mesures proposades per l'empresari. Tant és així, que en cas de desacord i una vegada analitzada la documentació, l'autoritat laboral havia de procedir a valorar el desequilibri empresarial i en funció d'aquest, podia proposar i acordar mesures que cap dels interessats havien sol·licitat⁸⁰⁸. El control realitzat per l'autoritat laboral anava més enllà d'un simple control de legalitat i m'atreveria a dir que es convertia en un control sobre l'oportunitat de les mesures proposades per l'empresari.

Durant l'ET de 1980, l'Administració no es limitava a constatar i valorar si concorrien els requisits legals i realitzar una valoració jurídica d'aquells a efectes de procedir a autoritzar o denegar l'autorització per poder extingir els contractes de treball. En realitat, l'autoritat laboral realitzava més aviat un judici de conveniència a l'hora de valorar quina era la mesura més adequada tenint en compte el desequilibri empresarial i això li permetia desautoritzar les extincions, però proposar i acordar altres mesures que segons uns criteris subjectius considerava més oportunes o convenients. Sota aquesta regulació, a l'hora de resoldre allò sol·licitat, l'autoritat laboral en compte de mantenir una posició objectiva i imparcial i decidir d'acord amb criteris jurídics, acabava substituint l'empresari i decidia quina mesura organitzativa era la més adequada segons uns criteris no determinats, ni necessàriament jurídics.

Tanmateix, la reforma del 1994, tal vegada per influències de la Llei 30/1992, va corregir aquella activitat desorbitant de l'Administració i aquell excessiu protagonisme que tenia l'autoritat laboral en els procediments de regulació d'ocupació i va convertir aquella activitat discrecional en una activitat reglada. La reforma no només va limitar les facultats de l'autoritat laboral, sinó que va fixar els criteris que havia de seguir per autoritzar o denegar l'autorització i va exigir que la resolució fos congruent amb allò sol·licitat.

Així doncs, si existeix un desequilibri empresarial i les mesures són raonables, és a dir, si els acomiadaments són necessaris per superar la situació econòmica negativa o són necessàries per garantir la viabilitat futura de l'empresa, l'autoritat laboral haurà necessàriament d'autoritzar les extincions, inclús quan considere que poden haver altre mesures alternatives que suposadament poden ser més útils. En canvi, si el desequilibri

⁸⁰⁸ Certament durant la vigència de l'ET de 1980 no faltaren crítiques en relació amb l'activitat totalment discrecional de l'autoritat laboral: OJEDA AVILÉS, A, “La reconversión del procedimiento de despidos colectivos”, op.cit, pàg. 365: la decisió administrativa arriba al punt àlgid de la discrecionalitat quan aquesta pot concedir coses diferents d'aquelles que ha sol·licitat. Una llibertat que no tenen ni tan sols els jutges que es troben subjectes al “petitum” pel principi de congruència. En un sentit similar: FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, JJ, “Expedientes de regulación de l'ocupació”, op.cit, pàg. 166 i 167: Comenta, que durant l'ET de 1980 l'Administració gaudia d'autonomia per apreciar segons el seu judici, les circumstàncies existents i el seu abast i ponderar amb un marge molt gran de discrecionalitat si les mesures proposades eren adequades i eren les més oportunes per superar la crisi. En aquest sentit, aquesta discrecionalitat es referia tant a la valoració dels fets com a la valoració dels informes. ALBIOL MONTESINOS, I, “La extinción del contrato”, en D.A, “Comentarios a las leyes laborales”, op.cit, pàg. 325 y 324: Aquesta possibilitat exorbitant de l'autoritat laboral no estava prevista en l'ET, el qual només assenyalava que l'autoritat laboral havia d'accedir o denegar la petició sol·licitada. Així doncs, aquesta possibilitat va en contra del principi de congruència processal. Tal vegada, l'única justificació a aquesta possibilitat reconeguda a l'autoritat laboral radique en el principi d'economia processal.

empresarial no justifica l'acomiadament i el projecte respon a altres finalitats que no són assegurar la viabilitat futura de l'empresa, l'autoritat haurà de denegar l'autorització per extingir però no perquè estima que hi ha altres mesures alternatives que són, segons un judici de valor totalment subjectiu més adequades, sinó perquè no concorren els requisits legals.

Sembla lògic que així siga, perquè l'art 12 del RD 43/1996 preveu que la resolució administrativa haurà de ser motivada i congruent amb allò sol·licitat. Per altra banda, la Llei 30/1992 preveu que en els procediments iniciats pels interessats, la resolució serà congruent amb les peticions dels interessats sense que en cap cas es puga agreujar la situació inicial, art 89.2. Segons aquestes previsions, l'autoritat laboral haurà de limitar-se a resoldre allò sol·licitat i en cap cas podrà denegar les extincions i proposar altres mesures alternatives: suspensions dels contractes, trasllats o desplaçaments. Si allò sol·licitat per l'empresari és autorització per extingir un número determinat d'acomiadaments i adoptar altre tipus de mesures, l'autoritat laboral haurà de limitar-se a autoritzar o denegar íntegrament o parcialment allò sol·licitat.

El principi de congruència i l'activitat reglada de l'autoritat laboral limiten la seua activitat en la reestructuració empresarial, perquè l'autoritat laboral es limitarà a realitzar un control de legalitat: si es donen els requisits de l'art 51 ET haurà d'autoritzar les extincions i si no es donen les haurà de desautoritzar, excepte quan aquesta observe frau dol, coacció o abús de dret. En aquests supòsits, remetrà l'acord als òrgans judicials a efectes que es pronuncien sobre aquestes qüestions. Tret d'aquests supòsits, l'activitat de l'autoritat laboral es limitarà a constatar dues coses: si concorre la causa al·legada per l'empresari i si les mesures proposades són necessàries per aconseguir els objectius buscats a través dels acomiadaments: assegurar la viabilitat futura de l'empresa o superar una situació negativa, art 51.6 ET.

4.3) EL CONTROL CAUSAL REALITZAT PER L'AUTORITAT LABORAL:

Com s'ha comentat en diferents moments, l'autoritat laboral haurà de limitar-se a realitzar un control de legalitat, és a dir, haurà de constatar si es donen els requisits legals: concurrència d'un desequilibri empresarial i proporcionalitat de les mesures proposades en relació amb les finalitats de l'art 51 ET. De tal forma, que l'autorització per extingir els contractes només procedirà quan existezca un problema en el funcionament de l'empresa i les mesures proposades siguen necessàries.

Precisament per això, durant el transcurs de les consultes l'autoritat laboral iniciarà la instrucció de l'expedient amb la finalitat de comprovar que la causa al·legada és veraç i que les mesures incloses en el projecte d'acomiadament són necessàries en relació amb les finalitats buscades a través de l'art 51 ET. Per poder realitzar aquesta llavor, l'autoritat laboral haurà d'examinar necessàriament la documentació presentada per l'empresari amb la sol·licitud, art 6 del RD 43/1996, però també podrà estudiar altre tipus de documentació.

Segons aquestes idees, la primera actuació que farà l'autoritat laboral a l'hora de comprovar la veracitat del desequilibri al·legat per l'empresari en la memòria explicativa que acompanya la sol·licitud per acomiadar serà examinar la documentació auditada sobre l'estat i evolució de la situació econòmica, financera i patrimonial, i si la causa al·legada és tècnica, organitzativa o de producció, l'autoritat laboral examinarà els

informes tècnics justificatius de la causa presentats amb la sol·licitud. Tanmateix, malgrat que aquesta documentació està auditada i això ja atorga veracitat a la documentació i fa creïble el desequilibri empresarial, en principi l'autoritat laboral no hauria de fonamentar la seua resolució exclusivament en aquells documents.

Així és, perquè la llavor de l'autoritat serà, a través de la fase d'instrucció de l'expedient, verificar i comprovar l'existència d'aquell desequilibri empresarial, ja que si no existeix un greu problema en el funcionament de l'empresa, no podrà autoritzar les mesures proposades per no concórrer un dels requisits de l'art 51.1 ET. Conseqüentment, a l'hora de comprovar la veracitat del desequilibri al·legat per l'empresari i constatar que existeix un problema en el funcionament de l'empresa que amenaça la seua continuïtat futura, l'autoritat laboral comptarà amb dos instruments importants que li facilitaran aquesta llavor: l'informe de la Inspecció de Treball, que haurà de versar necessàriament sobre la causa que fonamenta l'expedient i l'informe de l'entitat gestora de la prestació per desocupació, art 9 del RD 43/1996.

Doncs bé, l'informe de la Inspecció versarà essencialment sobre les causes de l'expedient però en ell també es podran analitzar altres aspectes de l'acomiadament col·lectiu, concretament es podrà comprovar si es donen els requisits numèrics i temporals necessaris per tramitar els acomiadaments a través d'aquest procediment o es podrà analitzar la proporcionalitat de les mesures proposades per l'empresari. Recordem que la Inspecció podrà realitzar qualsevol diligència per comprovar que les disposicions legals es respecten, art 5.3 Llei 42/1997. En aquest sentit, podrà tractar d'investigar quina és la plantilla real en el darrer any a través dels llibres, registres i documents sobre inscripcions, afiliacions, altres i baixes, art 5.3.3 Llei 42/1997 i inclús podrà promoure d'ofici procediments d'afiliació, altres i baixes en els règims corresponents de la seguretat social.

Gràcies a l'informe de la Inspecció, l'autoritat laboral tindrà inclús abans que finalitzen les consultes, suficients elements de judici per valorar l'existència o no d'un desequilibri empresarial que amenaça el futur de l'empresa. Tanmateix, tenint en compte la finalitat de l'informe, hem de dir que la Inspecció no haurà de limitar-se a analitzar la documentació presentada per l'empresa, aquesta haurà d'investigar a partir d'altres fonts l'estat real de l'empresa i haurà d'analitzar per tant: la comptabilitat, els llibres de l'empresa o esbrinar l'estat de l'empresa en relació amb les obligacions amb la Seguretat Social o amb Hisenda.

Com podem adonar-nos en l'informe recollirà valoracions tècniques i no judicis d'oportunitat o de conveniència i aportarà importants elements de judici a l'autoritat laboral, uns continguts que li serviran de molt a l'hora de valorar la possibilitat de concedir o denegar les mesures proposades per l'empresari. No obstant, també cal dir que malgrat que l'informe és preceptiu i això implica que l'autoritat laboral l'haurà de sol·licitar-lo necessàriament, aquest no és vinculant per a l'autoritat laboral.

Tant és així, que aquesta en un moment donat podria desvincular-se d'aquelles valoracions a l'hora de decidir si autoritza o denega allò sol·licitat per l'empresari. Tanmateix, si es desvincula de les valoracions recollides en l'informe, l'autoritat laboral haurà de fonamentar amb claredat els motius d'aquella desvinculació i l'adopció d'altres criteris a l'hora de dictar la resolució administrativa. Recordem que la resolució

administrativa haurà d'estar motivada i per tant, haurà de raonar perquè autoritza les extincions però també perquè s'allunya de l'informe de la Inspecció.

Però aquest no serà l'únic informe que ajudarà l'autoritat laboral a l'hora de valorar el desequilibri empresarial i la justificació de les mesures proposades per l'empresari, a més de l'informe de la inspecció, l'Administració laboral podrà comptar amb l'informe de l'entitat gestora de la prestació per desocupació. Així és, dic podrà comptar perquè el seu informe no és preceptiu i per tant, aquest òrgan el podrà emetre o no, de fet l'art 9 del RD 43/1996 diu textualment que li remetran la comunicació d'inici del procediment a efectes "de la possible emissió de l'informe".

Malgrat que l'art 9 del RD 43/1996 no concreta el seu contingut, tal vegada deuríem posar-lo en relació amb l'art 11 de la mateixa norma. En aquest sentit, l'informe de la inspecció podrà desaconsellar l'autorització de les mesures perquè allò buscat és aconseguir indègudament la prestació per desocupació per no existir la causa que motiva la situació legal per desocupació. En el fons, allò que diria l'informe és que les parts han fingit un desequilibri empresarial amb la finalitat d'acomiar els treballadors i aconseguir fraudulentament la prestació per desocupació.

En bona part, algunes de les modificacions aportades per la reforma del 1994 han ajudat a efectes que l'autoritat laboral pugui realitzar un control sobre la causalitat del projecte presentat per l'empresari i sobre la proporcionalitat de les mesures, tant si les negociacions conclouen amb acord o sense ell. Amb l'actual regulació sobre els acomiadaments col·lectius, la instrucció de l'expedient i la recopilació d'informes es produeix alhora que el període de consultes, per tant, és indiferent que les negociacions finalitzen amb acord o sense ell, perquè l'autoritat laboral demanarà igualment els informes necessaris per poder valorar el desequilibri empresarial i la proporcionalitat de les mesures. Allò que canvia únicament és el tipus de pronunciament que ha de realitzar l'autoritat laboral. En aquest sentit, si les consultes conclouen amb acord, l'autoritat laboral l'homologarà i si conclouen sense elles, haurà d'autoritzar o denegar tot o part d'allò sol·licitat.

Plantejada la qüestió en aquests termes, sorgeix el primer dubte en relació amb el control que ha de realitzar l'autoritat laboral sobre l'existència d'un desequilibri empresarial que amenaça la continuïtat futura de l'empresa. Si hem comentat que en cas d'acord durant el període de consultes, l'autoritat laboral es limitarà a homologar l'acord en els termes pactats, cal aclarir si també en aquests supòsits l'autoritat laboral pot realitzar un control sobre el desequilibri exposat en l'acord⁸⁰⁹. Aquesta problemàtica ha plantejat i planteja més d'un dubte.

Aquests dubtes ja existien en l'ET de 1980. En aquella regulació en cas d'acord l'autoritat laboral es limitava, després d'escoltar l'entitat gestora de la prestació per desocupació, a homologar l'acord subscrit entre les parts. En aquests supòsits, l'autoritat laboral es limitava a observar si havia existit *dol, coacció o abús de dret* en l'acord; si concorria algun d'aquells vicis l'autoritat laboral havia de remetre l'acord a l'òrgan judicial a efectes que aquest pogués valorar la seua possible nul·litat.

⁸⁰⁹ MONEREO PÉREZ, JL, FERNÁNDEZ AVILÉS, JA, "El despido colectivo en el derecho español", op.cit, pàg. 281. Consideren que sense qüestionar l'oportunitat del contingut de l'acord, l'autoritat podrà realitzar un control mínim de l'element causal de l'acomiadament perquè l'element causal d'aquest constitueix un pressupost legal que prefigura i habilita l'acomiadament.

A més, en cas d'acord durant les consultes no existia ni tan sols l'obligació que la Inspecció de Treball realitzés el corresponent informe. En realitat, la instrucció de l'expedient només es realitzava si no existia acord. En aquests supòsits, l'autoritat havia de recabar els corresponents informes i analitzar la documentació de l'empresari a l'hora d'autoritzar o denegar el projecte d'acomiadament. Així doncs, aquella regulació impedia un possible control sobre la causalitat expressada en l'acord. En canvi, en cas de desacord l'actuació de l'autoritat laboral i el procediment eren ben diferents.

No obstant això, amb l'actual regulació dels acomiadaments col·lectius hem de replantejar-nos aquesta situació. Efectivament, amb el present règim jurídic sobre els acomiadaments col·lectius existeixen diferents arguments a l'hora de defensar un possible control sobre la causa al·legada per l'empresari en cas d'acord durant el període de consultes. Recordem que la reforma de 1994 va ampliar les causes que permeten a l'autoritat laboral revisar l'acord subscrit durant les negociacions, de tal forma que a més dels motius ja existents el legislador va afegir *el frau*, amb la qual cosa es va obrir una possibilitat per tal que l'autoritat laboral revise la causa al·legada en l'acord.

Però a més, actualment la instrucció de l'expedient i la sol·licitud de l'informe de la Inspecció sobre les causes ha de realitzar-se quan comencen les consultes, amb independència del resultat d'aquestes. Qualsevol que siga el resultat de les negociacions l'autoritat laboral tindrà elements de judicis suficients per saber si en l'empresa concorre la causa al·legada o si existeix algun tipus de frau i s'ha volgut fingir el desequilibri empresarial. En aquest darrer cas, l'autoritat laboral podrà remetre l'acord a l'òrgan judicial.

Per altra banda, la possibilitat recollida en l'art 13 del RD 43/1996 sembla que preveu un control sobre el contingut de projecte empresarial. Segons preveu aquest precepte, l'autoritat laboral pot declarar la improcedència de la sol·licitud empresarial, si entén que aquesta no reuneix els requisits de l'art 51.1 ET, és a dir, quan no concorren els requisits numèrics, temporals o causals⁸¹⁰. Ara bé, per poder declarar la improcedència d'allò sol·licitat haurà de realitzar un mínim control per determinar si es donen o no aquells requisits. Certament, aquest control serà prou superficial perquè estem en el primer moment del procediment i l'autoritat laboral encara no té coneixements suficients per avaluar el projecte empresarial, ni tan sols té els informes que formen part de l'expedient.

En qualsevol cas, també convé destacar que no tots accepten que l'autoritat laboral pugui realitzar un control de causalitat del projecte d'acomiadament, al menys quan el període de consultes conclou amb acord. Algunes resolucions judicials mantenen que "com a regla general, la causa de l'acomiadament després de concretar el motiu vincula l'autoritat laboral la qual ha de dictar una resolució autoritzant les

⁸¹⁰ NORES TORRES, LE, "El desarrollo reglamentario del art 51 ET: el procedimiento de regulación de empleo en el RD 43/1996, 19 enero", op.cit, pàg. 362. En relació amb la possibilitat oberta per l'art 13 del RD considera que: una primera lectura de l'art podria conduir-nos a la conclusió que obri la porta per a un control causal preventiu, però probablement allò que pretén és tallar la possible utilització de l'expedient de regulació per a realitzar acomiadaments plurals que en principi haurien de realitzar-se a través de la via de l'art 52 ET. En realitat, l'art 13 del RD allò que permetria és que l'autoritat laboral abordés els intents empresarials de tramitar com a col·lectius allò que no ho és a través del control dels requisits numèrics i temporals art 51 ET, però això incideix en el repartiment de competències entre els tribunals i l'Administració.

extincions, una autorització que sumada a l'acord legitima les extincions⁸¹¹". Tanmateix, tenint en compte els arguments exposats anteriorment podem admetre que també en cas d'acord l'autoritat laboral podrà realitzar un control sobre les causes expressades en ell.

Sembla lògica aquesta afirmació, ja que per exemple pot ocórrer que l'empresa forme part d'un grup amb rellevància laboral i que aquesta oculte les relacions que manté amb les altres empreses a l'autoritat laboral amb l'objectiu de falsejar la seua vertadera situació empresarial⁸¹². Recordem que en aquests supòsits, el desequilibri ha de concórrer en el grup i no en una de les seues empresa. En aquestes circumstàncies podem dir que, si bé és cert que la causa recollida en l'acord vincula l'autoritat laboral aquesta podrà i haurà de comprovar la veracitat de la informació presentada per l'empresa i si arriba a la conclusió que l'empresa ha omès informació amb la intenció d'ocultar la seua vertadera situació, l'autoritat laboral haurà de remetre l'acord a l'òrgan judicial.

A més a més, aquestes afirmacions troben el seu recolzament legal en l'art 11 del RD 43/1996. Així doncs, si després de la instrucció de l'expedient i de l'informe de la Inspecció o a partir de l'informe de l'entitat gestora de la prestació per desocupació, l'autoritat laboral considera que ha existit frau en la conclusió de l'acord, és a dir, que han simulat la causa amb unes finalitats sospitoses, que l'empresari ha ocultat informació en relació amb el desequilibri empresarial amb fins fraudulents i l'acord per tant, fa menció a un desequilibri que en realitat no existeix o simplement han falsejat la causa amb l'objectiu que els treballadors reben indegudament la prestació per desocupació, l'autoritat laboral haurà de remetre l'acord a l'òrgan judicial, art 11 segon paràgraf RD 43/1996 a efecte de la seua possible nul·litat.

Certament, aquesta previsió recollida en l'art 11 segon paràgraf del RD 43/1996 no és nova del tot, perquè estava recollida en l'antic art 12 del RD 696/1980, però amb algunes diferències importants sobretot en relació amb el seu abast. Així és, en realitat allò que permetia el RD 696/1980 era continuar amb la tramitació de l'expedient a efectes de determinar la procedència o no de les prestacions per desocupació però en

⁸¹¹ STSJ Andalusia, 9 de juliol de 2004, AS 2004/1304. STSJ Cantàbria, 22 de juny de 2000. AS 2000/2454. Segons aquestes resolucions, la finalitat de l'art 51.5 ET és evitar la indeguda al·legació o simulació d'una crisi econòmica mitjançant l'engany o mitjançant la convivència entre l'empresa i els representants dels treballadors per simular conjuntament l'existència d'aquella crisi amb l'objectiu que els treballadors puguin accedir a la prestació per desocupació. Per la seua part, el TS estima que la vinculació de l'Administració als acords entre l'empresa i els treballadors en matèria d'extinció de contractes de treball per causes empresarials, extincions acordades en el corresponent expedient de regulació, no és automàtica perquè si aprecia alguna de les causes de l'art 51.5 ET el posarà en coneixement de l'autoritat judicial: STS, 28 novembre 1995, Ar 4136.

⁸¹² STSJ de Catalunya, 7 de desembre de 2002, AS 3638. Segons l'òrgan judicial, en l'acord existeixen tres motius per argumentar la seua nul·litat: en primer lloc, existeix un grup empresarial, una informació que no va ser transmesa ni a l'autoritat laboral ni a la Inspecció de Treball a efectes de concretar les seues circumstàncies econòmiques i d'examinar la incidència que té sobre les extincions acordades, ja que tractant-se d'un grup d'empreses la situació econòmica ha d'examinar-se en el grup. Així doncs, l'empresa havia d'haver comunicat aquest fet a l'autoritat laboral perquè aquesta pogués resoldre tenint en compte totes les dades. El segon argument per tal d'argumentar la nul·litat de l'acord fa referència a la següent circumstància: s'ha aconseguit artificialment el límit legal previst en l'art 51 ET, ja que inclogueren la dona de l'empresari, la nora i un treballador que havia cessat en l'empresa prèviament i de forma voluntària i en darrer lloc, els delegats de personal no comunicaren als afectats l'extinció dels contractes de treball. Totes aquestes circumstàncies constitueixen una conducta fraudulenta i un abús de dret.

cap cas, implicava una revisió de la causa. En canvi, el nou art 11 del RD 43/1996 implica una revisió de la causa recollida en l'acord quan l'Administració considere que les parts pretenen cobrar les esmentades prestacions de forma fraudulenta. En aquests casos, el frau consisteix en justificar unes extincions en un desequilibri empresarial inexistent, conseqüentment tampoc existeix causa legal per tal de percebre la prestació per desocupació.

En definitiva, l'esmentat article tracta d'evitar que les parts simulen a través de l'acord, la concurrència d'un desequilibri empresarial que justifica unes determinades extincions amb l'únic objectiu que els treballadors acomiadats reben les corresponents prestacions. Evidentment, per tal que l'autoritat laboral estime que no concorre la causa que genera la situació legal de desocupació, i remeta l'acord a l'òrgan judicial perquè determine la seua possible nul·litat, haurà de valorar si existeix o no a l'empresa un desequilibri econòmic, tècnic, productiu, o d'organització que justifique les extincions⁸¹³.

4.4) EL CONTROL SOBRE LA PROPORCIONALITAT DEL PROJECTE:

Com s'ha comentat en diverses ocasions, l'activitat de l'Administració és una activitat reglada, és a dir, que està prèviament determinada. Concretament, l'art 51.6 ET preveu que l'autorització administrativa procedirà quan de la documentació obrant en l'expedient es pugui desprendre raonablement que les mesures proposades per l'empresa són necessàries per a les finalitats recollides en l'art 51.1 ET. Això significa bàsicament, que l'activitat de l'autoritat laboral no és limitada només a realitzar un control sobre l'element causal amb l'objectiu d'analitzar si existeix un desequilibri real que justifica el projecte d'acomiadament, a més l'Administració haurà de realitzar un control sobre la proporcionalitat del projecte presentat per l'empresari.

Tanmateix, malgrat que l'activitat de l'Administració està reglada, a l'hora de valorar la concurrència de la causa o valorar la proporcionalitat del projecte, l'autoritat laboral gaudirà d'un cert marge de discrecionalitat, però aquesta està limitada pels criteris recollits en l'art 51.6 ET. Segons aquests plantejaments, l'autoritat haurà de veure si tenint en compte les finalitats buscades i el tipus de desequilibri que pateix l'empresa les mesures són necessàries i el projecte proporcional, però aquest tipus de

⁸¹³ GOERLICH PESET, JM, "El despido colectivo", en D.A, "Comentarios a las leyes laborales", op.cit, pàg. 152. El nou art 51.1 ET incorpora a les possibilitats de control de l'acord la possible impugnació per "no existir causa motivada". Certament, aquesta causa és la de la prestació per desocupació però lògicament si admetem aquesta revisió causal l'hauríem d'admetre també en altres supòsits. Conseqüentment, el pacte de regulació d'ocupació podrà ser revisat des de l'òptica de l'art 51.1, sense perjudici segurament que aquest estiga protegit per una mena de presumpció al seu favor. En un mateix sentit: GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I, "Procedimientos de regulación de empleo en el despido colectivo", en D.A, "El régimen del despido tras la reforma laboral", op.cit, pàg. 296: RODRÍGUEZ RAMOS; M^aJ, "El procedimiento", en D.A, "El despido. Análisis y aplicación práctica", op.cit, pàg. 525. La intervenció de l'autoritat laboral no és de simple homologació de l'acord, tant és així que una vegada ha comprovat que existeixen les causes i es compleixen els requisits exigits i exposats en la sol·licitud i documentació facilitada, autoritzarà els acomiadaments si no concorre alguna de les causes previstes en l'art 11 RD 46/1996. DESDENTADO DAROCA, E, "La intervención administrativa en los despidos colectivos: naturaleza y procedimiento", en D.A "La reforma laboral de 1994", op.cit. pàg. 224. L'Administració realitza un control ampli de l'acord, ha de comprovar que no existeixen vicis en el consentiment i ha de comprovar que concorre la causa que justifica les extincions, ja que la causa legal de desocupació es produeix precisament quan el contracte s'extingim per causes econòmiques.

valoració no es fonamentarà en criteris d'oportunitat sinó en criteris jurídics, art 51.1 ET.

L'autoritat laboral no gaudeix d'unes facultats il·limitades a l'hora de valorar el projecte d'acomiadament ni podrà realitzar un control sobre la conveniència de les mesures recollides en ell. En definitiva, l'autoritat laboral no és lliure per determinar quines mesures són les més adequades i quines no d'acord amb criteris d'oportunitat. Tot el contrari, l'ET fixa els criteris que haurà de tenir en compte l'autoritat laboral a l'hora de valorar el projecte i concedir o denegar l'autorització administrativa.

Així és, l'ET diu clarament que l'autorització procedirà quan les mesures siguin *necessàries* per a poder complir amb les finalitats legals de l'art 51.1 ET. Com sabem, no és pot demostrar aquesta relació de causa i efecte que connecta les mesures adoptades amb unes finalitats concretes, per això el legislador preveu que a partir de la documentació de l'expedient s'ha de desprendre *raonablement* que les mesures són necessàries. Aquestes previsions impliquen que després d'examinar la documentació l'autoritat laboral ha d'arribar a la convicció que les mesures proposades probablement ajudaran a superar el desequilibri empresarial i per tant, són necessàries per poder salvaguardar la continuïtat de l'empresa.

En aquest sentit, el pla d'acompanyament social esdevé un mitjà molt adequat per poder valorar la proporcionalitat de les mesures proposades per l'empresari i la seua necessitat. Així és, tal vegada allò més convenient és que l'autoritat laboral tinga en compte les mesures proposades per l'empresari a efectes de reduir l'abast de la reestructuració i reduir els efectes negatius de l'acomiadament, així com el número d'extincions programades. L'anàlisi d'aquesta documentació li permetrà valorar si realment ha existit algun intent per minimitzar l'impacte i la dimensió de l'acomiadament col·lectiu i sobretot, si existeix coherència i proporcionalitat entre les mesures d'extinció i la resta de mesures recollides en el projecte. En definitiva, el contingut del pla social i del pla de viabilitat ens permetrà valorar la proporcionalitat del projecte d'acomiadament col·lectiu.

Arribat a aquest punt, podem afirmar que no qualsevol mesura proposada per l'empresari serà autoritzada per l'autoritat laboral. Efectivament, tenint en compte l'art 51.6 ET d'entre totes les possibles mesures que pot proposar l'empresari davant una crisi empresarial només es podran autoritzar aquelles que siguin necessàries o imprescindibles per aconseguir l'objectiu buscat per l'art 51 ET i que no és altre que *superar una situació negativa* de l'empresa o *garantir la viabilitat futura* de l'empresa i de l'ocupació d'aquesta. Ara bé, l'art 51.6 ET preveu que les mesures proposades, és a dir, aquelles que formen part del pla social, el de viabilitat i els acomiadaments han de ser necessàries per poder aconseguir unes finalitats concretes. Per tant, el legislador estableix la relació de necessitat entre les "mesures proposades" i les finalitats perseguides per l'art 51.1 ET.

Així doncs, per entendre justificat el projecte d'acomiadament no serà suficient amb el fet que existisca un desequilibri empresarial o simplement que els acomiadaments siguin necessaris per superar el problema empresarial. En general, l'autoritat laboral haurà de valorar si les "mesures proposades", és a dir, si el conjunt de mesures que integren el projecte d'acomiadament contribueixen i són necessàries per poder superar el desequilibri que amenaça l'empresa.

Després d'aquest plantejament, hem de deduir que l'autoritat laboral haurà d'autoritzar els acomiadaments, si aquests en un projecte més general format també per altre tipus de mesures, són necessaris a efectes d'aconseguir les finalitats buscades per l'art 51 ET i superar la situació d'inviabilitat⁸¹⁴. Alhora, l'autoritat laboral haurà de desautoritzar els acomiadaments quan es tracte d'unes mesures que empitjoren la situació empresarial o quan deixen la situació de l'empresa tal qual es trobava, és a dir, que ni la empitjoren ni la milloren. Normalment, considerarem que els acomiadaments i el projecte proposat per l'empresari no ajuden a superar el desequilibri empresarial quan els acomiadaments no van acompanyats d'un pla social ni d'un pla de viabilitat.

En aquest sentit, no s'entén massa bé com un simple número d'acomiadaments poden servir per assegurar la viabilitat futura de l'empresa i superar el desequilibri empresarial. És cert, com s'ha comentat en altres moments, que qualsevol acomiadament contribueix en abstracte a superar aquells problemes de funcionament, però costa entendre com poden uns simples acomiadaments ajudar a garantir la viabilitat de l'empresa si aquests no estan acompanyats d'un pla de viabilitat. Així doncs, hem d'entendre que la superació dels problemes de funcionament que amenacen el projecte empresarial dependrà no només de les extincions, sinó també del pla de viabilitat que inclou mesures destinades a fer més rendible el projecte empresarial i propostes encaminades a superar els problemes que amenacen la continuïtat futura de l'empresa i del pla d'acompanyament social.

Seguint amb aquestes idees, convé destacar que aquest plantejament respon a una concepció molt determinada de l'acomiadament. Concretament, aquestes idees enllacen amb aquella concepció que entén que els acomiadaments continuen sent una mesura excepcional, de tal forma que només hauríem d'acudir a ell quan siga imprescindible i quan la superació dels problemes empresarials requereix l'adopció d'aquestes mesures, ja que no hem d'oblidar que en una reestructuració empresarial no només estan en joc els interessos de l'empresari, sinó també els dels treballadors que es veuran afectats per aquestes decisions.

Podem dir doncs, que l'autoritat laboral haurà de realitzar un control sobre la raonabilitat del projecte en el qual haurà de ponderar aquells interessos i valorar si el sacrifici que han de fer alguns treballadors i el sacrifici de l'interès públic és raonable tenint en compte allò que es troba en joc: salvaguardar i garantir el projecte empresarial i la resta de llocs de treball. En el fons, el judici sobre la raonabilitat del projecte d'acomiadament col·lectiu realitzat per l'autoritat laboral tractarà de determinar que aquells perjudicis causats en alguns treballadors i en els interessos públics són raonables, si tenim presents els perjudicis que es poden generar si no adoptem les mesures incloses en el projecte empresarial, incloent els acomiadaments. Així doncs, si aquell sacrifici és desproporcionat l'autoritat laboral ha de desautoritzar el projecte i si no ho és haurà d'autoritzar-lo.

⁸¹⁴ ELORZA GUERRERO, F, "Los acuerdos de empresa en el ET", op.cit, pàg. 221. La resolució administrativa haurà d'atorgar-se quan l'autoritat laboral aprecie l'existència d'una connexió raonable entre les mesures sol·licitades i les finalitats buscades a través de l'adopció d'aquestes, la qual cosa suposa que en última instància un control sobre l'existència de les causes legals que legitimen les pretensions empresarials.

En qualsevol cas, aquest tipus de control és complicat de realitzar, perquè l'Administració haurà de valorar a partir del coneixement que té sobre el desequilibri empresarial si les mesures proposades són adequades per tal d'aconseguir les finalitats buscades i haurà de valorar si d'entre totes les mesures que es poden proposar per superar aquell desequilibri empresarial, l'empresari ha triat aquelles que menys danys ocasionaran. En definitiva, si existeix una desproporcionalitat entre les mesures proposades, el desequilibri i l'objectiu buscat, l'autoritat laboral no podrà autoritzar el projecte d'acomiadament⁸¹⁵.

5) CONGRUÈNCIA I MOTIVACIÓ DE LA RESOLUCIÓ DE L'AUTORITAT LABORAL:

5.1) LA MOTIVACIÓ DE LA RESOLUCIÓ ADMINISTRATIVA:

Una vegada l'empresari i els representants dels treballadors han conclòs el període de consultes, l'autoritat laboral comptarà amb un termini de 15 dies per dictar la resolució. Una vegada ha transcorregut aquell termini sense resolució expressa de l'autoritat laboral, haurem d'entendre autoritzats els acomiadaments. Clar està, després de complir amb allò dit en l'art 44 de la llei 30/1992. Però en relació amb el tema que ens interessa, el legislador preveu expressament que la resolució de l'autoritat laboral haurà de ser motivada i congruent amb la sol·licitud empresarial, art 51.6 ET i art 12 RD 43/1996. Així doncs, la resolució administrativa ha de complir amb dos requisits: ha d'estar motivada i ha de ser congruent, dit açò començarem pel primer d'ells: la motivació.

En relació amb el primer dels requisits: la motivació de la resolució, cal dir que aquest tipus d'exigència és coherent amb allò dit en la Llei 30/1992, ja que no hem d'oblidar que estem davant un procediment administratiu especial i per tant, li seran també d'aplicació les disposicions de la Llei sobre el procediment administratiu. Així doncs, aquella norma preveu que l'Administració està obligada a dictar resolució expressa en tots els procediments i en la resolució que posa fi al procediment haurà de resoldre totes les qüestions plantejades pels interessats i aquelles altres que es deriven d'aquest.

A més a més, la norma preveu que en els procediments iniciats per l'interessat la resolució haurà de ser congruent. En darrer lloc, com no podia ser d'altra forma, la norma preveu que la resolució haurà de ser motivada, ja que els actes administratius han de ser motivats, és més, aquells actes administratius que limiten drets subjectius o interessos legítims, com ocorre en aquests supòsits, hauran de ser motivats i fer referència als fets i fonaments de dret, art 42, 54 i 89 de la Llei 30/1992.

Dit açò, podem començar dient que el pronunciament de l'autoritat laboral haurà de tenir en compte diferents qüestions: l'existència o no d'un desequilibri empresarial, la proporcionalitat o no de les mesures incloses en el projecte i si les mesures s'adeqüen

⁸¹⁵ GONZÁLEZ LANA, F, "Regulación de empleo y administración laboral", op.cit, pàg. 61. L'Administració haurà de constatar l'existència de la causa, d'acord amb la prova aportada en l'expedient i a partir d'aquesta constatació valorar l'adequació de la mesura laboral de suspensió o extinció a la finalitat legal. Alhora haurà de valorar la proporcionalitat o la magnitud de la causa i de les mesures laborals.

o no a les finalitats buscades a través d'elles. Així doncs, si no existeix acord haurà de valorar si concorren o no aquelles circumstàncies per tal de fonamentar la seua resolució i necessàriament haurà de motivar la seua decisió. Però si hi ha acord, també podrà entrar a valorar mínimament l'acord per saber si ha existit algun vici i decidir si el remet als tribunals. Així doncs, que també en aquest cas caldrà motivar la seua decisió.

Conseqüentment, la decisió i la resolució de l'autoritat laboral no es pot realitzar aplicant sense més l'art 51 ET al cas concret, l'autoritat laboral haurà de raonar i argumentar si existeix o no un desequilibri que justifica el projecte empresarial i si les mesures incloses en ell serviran o no per garantir la continuïtat futura de l'empresa o si existeix algun vici que li impedeix emetre una resolució. L'autoritat laboral haurà d'argumentar la seua decisió en raons de pes i jurídiques i expressar amb claredat suficient els motius o arguments pels quals estima que les mesures són raonables o no.

En aquest sentit, l'autoritat laboral fonamentarà la seua resolució bàsicament a partir dels informes aconseguits durant la instrucció de l'expedient. Així doncs, si els informes de la Inspecció o de l'entitat gestora de la prestació per desocupació es decanten per autoritzar el projecte, l'autoritat laboral normalment seguirà aquell pronunciament. Recordem, que la Llei 30/1992 preveu que l'acceptació dels informes serviran de motivació en la resolució quan s'incorporen al seu text, art 89.5. Tanmateix, els informes no vinculen l'autoritat laboral i per tant, si l'autoritat laboral es desvincula dels informes haurà de motivar i argumentar la seua decisió i les raons per les quals s'allunya del raonament recollit en ell.

En qualsevol cas, mitjançant aquesta exigència: la motivació de la resolució administrativa, allò que es busca és que tots els afectats per la resolució puguen tenir clar els motius i el raonament jurídic en base als quals l'autoritat laboral ha fonamentat la seua decisió i evitar possibles situacions d'indefensió. Exactament allò que es busca és que els afectats per la resolució coneguen els motius pels quals s'autoritza o no el projecte a efectes de poder interposar els recursos que creguen convenients.

En aquest sentit, l'exigència de la motivació de la resolució administrativa es troba estretament relacionada amb l'activitat reglada de l'autoritat laboral, ja que aquest tipus d'activitat impedeix una possible resolució administrativa totalment discrecional o basada en un judici d'oportunitat, o en la simple voluntat de l'administració. Tot el contrari, la resolució haurà de ser motivada i haurà de fer una referència als fets i als fonaments jurídics sobretot, perquè la decisió de l'autoritat laboral pot limitar drets subjectius o interessos legítims.

Ara bé, el grau de motivació canvia en funció del resultat final del període de consultes. Així doncs, el legislador no menciona aquesta exigència quan les negociacions finalitzen amb acord entre les parts, en aquest supòsit només preveu que l'autoritat laboral dictarà en el termini assenyalat una resolució autoritzant les extincions, és a dir, que aquesta es limitarà a homologar l'acord. En canvi, quan el període de consultes conclou sense acord, l'autoritat laboral haurà de dictar una resolució autoritzant o denegant íntegrament o parcialment allò sol·licitat per l'empresari. En aquests supòsits, el legislador exigeix expressament una resolució motivada i congruent.

Certament, el contingut de l'art 89.3 de la Llei 30/1992 ens pot fer dubtar a l'hora de determinar si la resolució que homologa l'acord ha d'estar motivada perquè el precepte en qüestió sembla que només exigeix que la resolució estiga motivada en uns supòsits concrets, és a dir, quan ens trobem en alguns dels casos regulats en l'art 54 ET. Tanmateix, considere que això no significa que l'autoritat laboral no haja de motivar mínimament la resolució que autoritza els acomiadaments, simplement perquè els treballadors si es personen són interessats en el procediment i podran recórrer aquella resolució, però per a poder fer-ho necessitaran tenir algun tipus d'argument.

Coherents amb aquests plantejaments, quan les negociacions conclouen amb acord, malgrat que l'autoritat laboral es limita a homologar l'acord, haurà de raonar mínimament aquella resolució i expressar al menys que les mesures responen a les finalitats buscades i que no existeix cap vici en l'acord. D'aquesta forma, els interessats podran tenir coneixement suficient dels arguments de l'autoritat laboral amb la finalitat de poder impugnar la seua resolució, si ho creuen convenient. Però a més a més, no podem oblidar que malgrat l'existència d'un acord, l'autoritat laboral podrà no homologar-lo i allunyar-se d'allò acordat, si entén que ha existit algun vici. En aquest supòsit, l'autoritat laboral suspendrà el termini per dictar la resolució i el remetrà a l'òrgan judicial perquè valore aquestes circumstàncies. No obstant això, l'autoritat laboral haurà de motivar la seua decisió i els motius pels quals ha decidit no autoritzar els acomiadaments.

Tanmateix, cal reconèixer que l'exigència de la motivació té un abast diferent quan el període de consultes conclou sense acord, ja que en aquests supòsits l'autoritat laboral ha de prendre una decisió i triar entre diferents opcions, és a dir, ha d'optar entre autoritzar o no les mesures incloses en el projecte. En aquestes circumstàncies, sembla normal que li exigim que raone la seua resolució i que expose doncs, les raons jurídiques i els arguments en virtut dels quals autoritza o desautoritza íntegrament o parcialment les mesures incloses en el projecte d'acomiadament, perquè si no fos així els interessats en el procediment no tindrien coneixement dels arguments utilitzats per l'autoritat laboral a l'hora de recórrer aquella decisió.

5.2) LA CONGRUÈNCIA DE LA RESOLUCIÓ ADMINISTRATIVA:

Arribat a aquest punt, hem de començar a analitzar el segon requisit de la resolució de l'autoritat laboral: la congruència. Durant l'ET de 1980 l'autoritat laboral tenia atribuïdes unes facultats exorbitants que li permetien proposar i acordar mesures diferents d'aquelles que havia proposat l'empresari quan el període de consultes conclouia sense acord. Aquella regulació atribuïa a l'autoritat unes facultats totalment discrecionals, perquè el control realitzat per l'autoritat laboral excedia d'allò que entenem que ha de ser un control de legalitat. En definitiva, aquella regulació permetia que l'autoritat laboral es col·locara en la posició de l'empresari i entrara a decidir quines eren les mesures més convenientes o oportunes segons uns criteris no necessàriament jurídics, sinó més aviat de conveniència.

Per altra banda, la reforma de 1994 tenint en compte allò dit en la Llei 30/1992, va limitar aquelles facultats exorbitants de l'autoritat laboral en exigir que la resolució administrativa fos congruent amb allò sol·licitat, art 12 del RD 43/1996, és a dir, que haurà de limitar-se a resoldre d'acord amb allò sol·licitat. Amb l'actual regulació sobre els acomiadaments col·lectius, si l'empresari sol·licita autorització per tal de realitzar

determinats acomiadaments, l'autoritat laboral no podrà denegar els acomiadaments però proposar i acordar un número determinat de trasllats i suspensions.

Aquesta exigència és coherent amb allò dit en la Llei 30/1992, malgrat que l'art 89 pot semblar que va més enllà d'allò dit en l'art 12 del RD 43/1996. La Llei 30/1992 preveu que la resolució que posa fi al procediment decidirà sobre totes les qüestions plantejades pels interessats *i aquelles altres que deriven d'ell*. Tanmateix, seguidament el legislador matisa aquesta possibilitat i preveu que en els procediments tramitats a través de la sol·licitud de l'interessat, com és el cas, la resolució haurà de ser congruent amb les peticions formulades per ell.

El requisit de congruència implicarà que l'autoritat laboral haurà de pronunciar-se exclusivament sobre allò sol·licitat, és a dir, sobre els acomiadaments, no podrà pronunciar-se sobre la resta de mesures recollides en l'acord ni podrà proposar noves mesures⁸¹⁶. L'autoritat laboral haurà de limitar-se a autoritzar o denegar íntegrament o no els acomiadaments. Certament, aquest requisit suposa una limitació de l'activitat realitzada per l'autoritat laboral en un expedient de regulació d'ocupació perquè impedeix que l'Administració actue de forma discrecional.

Així és, la resolució de l'autoritat laboral haurà d'ajustar-se a allò demanat per l'empresari en la seua sol·licitud, encara que l'autoritat laboral gaudeix de certa flexibilitat a l'hora de decidir les mesures. Així doncs, la congruència significa que l'autoritat laboral no podrà acordar mesures no sol·licitades, però això no significa tampoc que l'autoritat laboral haja de limitar-se a autoritzar o desautoritzar íntegrament allò sol·licitat. Tot el contrari, entre un supòsit i l'altre existeix una gamma de possibilitats que podran ser recollides en la resolució, perquè l'art 12 del RD permet que l'autoritat laboral autoritze només part d'allò sol·licitat.

Sembla lògica aquesta interpretació, ja que en aquests supòsits la resolució es mou dins d'allò sol·licitat i per tant no proposa ni acorda mesures diferents de les sol·licitades. Els Tribunals⁸¹⁷ i la doctrina⁸¹⁸ entenen que l'autoritat laboral podrà autoritzar menys acomiadaments dels proposats i això no és contrari al principi de congruència, com diu una resolució judicial⁸¹⁹ “no és vulnera aquest principi quan la resolució rebutja parcialment allò sol·licitat i modula la resta de les mesures”.

Com comentàvem, l'autoritat laboral només haurà d'autoritzar els acomiadaments sol·licitats per l'empresari perquè sobre la resta de mesures recollides en l'acord no ha de pronunciar-se però, podrà autoritzar menys acomiadaments dels demanats si entén per exemple que aquell número d'extincions és desproporcionat per a superar la crisi. Tanmateix, com apunten algun autor⁸²⁰ aquesta decisió de l'autoritat

⁸¹⁶GONZÁLEZ DE LANA, “Regulación de empleo y administración laboral”, op.cit, pàg. 61. El paper de l'Administració està limitat en un doble sentit. En primer lloc, perquè respecte al conjunt de mesures laborals només són objecte d'autorització els acomiadaments i les suspensions. La resta de mesures estan sotmeses a consulta i revisió judicial.

⁸¹⁷ STS, 11 abril de 1995, Ar 3183, 20 abril de 1995, Ar 3487.

⁸¹⁸ SERRANO GARCÍA, JM, “El plan social en los despidos colectivos”, op.cit, pàg. 91. DESDENTADO BONETE, A, “Los despidos por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción”, en D.A, “La reforma de la legislación laboral”, op.cit, pàg. 192.

⁸¹⁹ STS, 10 abril de 1995, Ar 7988.

⁸²⁰ DESDENTADO BONETE, A, “Los despidos por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción”, en D.A: “La reforma de la legislación laboral”, op.cit, pàg. 192. Aquest és un problema de

laboral consistent a autoritzar menys acomiadaments dels sol·licitats no planteja cap problema de congruència però sí de jurisdiccions.

6) LES DIFERENTS FORMES DE FINALITZAR L'EXPEDIENT DE REGULACIÓ D'OCUPACIÓ:

6.1) RESOLUCIÓ ADMINISTRATIVA DECLARANT LA IMPROCEDÈNCIA DE LA SOL·LICITUD EMPRESARIAL:

El pronunciament de l'autoritat laboral dependrà fonamentalment de la forma en què ha conclòs el període de consultes. Així doncs, segurament resulte convenient diferenciar tres formes diferents de concloure el procediment i que donaran lloc a tres possibles pronunciaments per part de l'Administració: la primera forma de concloure el procediment consisteix a declarar la improcedència de la sol·licitud empresarial, art 13 del RD 43/1996. La segona forma de concloure l'expedient de regulació d'ocupació es produeix a través de l'acord entre les parts, un acord que donarà lloc, en principi, a una resolució administrativa homologant-lo. I la tercera forma de finalitzar el procediment es produeix quan el període de consultes conclou sense acord. En aquest cas, l'autoritat laboral haurà d'emetre una resolució autoritzant o denegant íntegrament o parcialment allò sol·licitat.

Així doncs, començarem per la primera forma de concloure l'expedient de regulació d'ocupació. Com sabem, per poder materialitzar les mesures recollides en el projecte d'acomiadament, l'empresari ha de fer arribar a l'autoritat laboral una sol·licitud acompanyada de la documentació necessària demanant-li autorització per poder acomiadar. Com diu la Llei, de forma simultània a aquest tràmit iniciarà un període de consultes. Doncs bé, una vegada aquesta sol·licitud ha arribat a l'autoritat laboral, aquesta haurà d'examinar si reuneix tots els requisits exigits i en cas contrari, obrirà un termini d'esmena. Si passat aquell termini l'empresari no ha esmenat els possibles errors, entendrem que ha desistit de la seua sol·licitud, art 6.2 RD 43/1996, i per tant, arxivarem les actuacions i conclourem l'expedient.

Tanmateix, pot ocórrer que dins d'aquell termini l'empresari esmene els errors de la seua sol·licitud. No obstant això, aquesta esmena de la sol·licitud no ens garanteix continuar de forma automàtica amb el procediment, ja que l'autoritat laboral, una vegada hem corregit els errors, pot estimar que la sol·licitud no reuneix els requisits de l'art 51.1 ET i per tant, emetrà una resolució declarant la improcedència de la sol·licitud, una resolució que per altra banda pot ser recorreguda.

Com anticipava anteriorment, la improcedència es produirà quan l'autoritat laboral considere que no es donen els requisits de l'art 51.1 ET, és a dir, quan no es donen els requisits numèrics, temporals o l'element causal. Certament, el control realitzat per l'autoritat laboral en aquest primer moment sobre els elements constitutius

jurisdiccions i no de congruència, és a dir, de determinar si l'Administració té competències per a concedir autorització per a poder realitzar menys acomiadaments d'aquells que constitueixen el mínim de l'acomiadament col·lectiu. L'autor entén que l'Administració ho pot fer perquè la pretensió objecte del procediment administratiu és una pretensió que forma part de l'àmbit de l'acomiadament col·lectiu. Allò que defineix l'àmbit de competència de l'Administració és la pretensió de l'empresari i no la resposta de l'Administració.

de l'acomiadament col·lectiu és més superficial que aquell que ha de realitzar quan el període de consultes conclou sense acord i ha d'emetre una resolució autoritzant o denegat allò sol·licitat. És lògic que així siga, perquè en aquest primer moment l'autoritat laboral no compta amb cap element de judici suficients per poder valorar aquelles qüestions i haurà de decidir tenint en compte la documentació que obra en aquell moment en l'expedient. En aquests supòsits, el seu pronunciament es basarà exclusivament en l'anàlisi de la documentació aportada per l'empresari.

Aquestes circumstàncies fan que segurament el control realitzat per l'autoritat laboral en aquest moment per declarar la improcedència de la sol·licitud se centre més en les qüestions formals d'aquesta que en altres qüestions. No podem passar per alt que en aquest moment l'autoritat laboral comptarà amb moltes dificultats per poder analitzar si existeix realment un desequilibri empresarial que justifica el projecte, si aquest és proporcional tenint en compte les finalitats buscades per l'art 51 ET, o a l'hora d'analitzar si ha existit algun tipus de frau en el còmput dels treballadors. Recordem que la fase d'instrucció encara no s'ha iniciat i per tant, l'autoritat laboral no ha incorporat encara en l'expedient l'informes de la inspecció ni el de l'entitat gestora.

En darrer lloc, malgrat que l'art 13 del RD 43/1996 no ho diu expressament, la Llei 30/1992 exigeix que les resolucions de l'Administració hauran de ser motivades i congruents amb allò sol·licitat i per tant, també en aquest supòsit l'autoritat laboral haurà de raonar els motius pels quals ha declarat la improcedència de la sol·licitud. Tanmateix, a conseqüència de les circumstàncies apuntades anteriorment, l'autoritat laboral no podrà realitzar un control profund del projecte d'acomiadament, aquest en tot cas serà més superficial.

En qualsevol cas, això no impedeix que pugui realitzar un mínim control de legalitat i un judici mínim de proporcionalitat del projecte d'acomiadament. En principi, podrà analitzar la relació dels acomiadaments proposats amb la resta de mesures proposades en el pla social a efectes de jutjar la raonabilitat del projecte de l'empresari i la necessitat dels acomiadaments. A més, les dades de la plantilla li permetran analitzar si els acomiadaments superen els llindars legals i si en principi, ha existit alguna conducta fraudulenta en relació amb el còmput dels treballadors.

Pel que fa als efectes de la resolució administrativa, convé recordar que malgrat que aquesta és executiva des del moment en què s'emete i produeix efectes des d'aquell moment, la resolució no és ferma perquè pot ser recorreguda per l'empresari. En qualsevol cas, si l'empresari opta per no recórrer la resolució, una vegada transcorregut el termini per a interposar el recurs, aquesta esdevindrà ferma i entendrem que l'empresari ha desistit de les seues pretensions. Ara bé, en qualsevol moment podrà intentar-ho de nou i presentar una nova sol·licitud d'acomiadament col·lectiu. Això sí, si malgrat la resolució declarant la improcedència de la seua sol·licitud, l'empresari segueix endavant amb les seues intencions de realitzar el seu projecte d'acomiadament entendrem que les extincions són nul·les per no tenir l'autorització administrativa, art 124 LLPL.

6.2) RESOLUCIÓ ADMINISTRATIVA HOMOLOGANT L'ACORD SOBRE LA REORGANITZACIÓ EMPRESARIAL:

Com sabem, la reestructuració empresarial és pot dur endavant d'una forma pactada o "imposada". En aquest sentit, entendrem que la reorganització empresarial s'ha realitzat de forma pactada quan el període de consultes conclou amb un acord col·lectiu, però també quan les negociacions amb els representants dels treballadors conclouen amb una resolució arbitral que aborda les discrepàncies durant les negociacions. En aquest sentit, el legislador preveu que la resolució arbitral tindrà la mateixa eficàcia i tramitació que els acords produïts durant les consultes, art 85.1 ET. Per tant, també el laude haurà de ser homologat per l'autoritat laboral. En canvi, entendrem que la reorganització es produeix de forma "imposada" quan les consultes conclouen sense acord, perquè en aquest cas l'autoritat laboral haurà de decidir sobre el projecte presentat per l'empresari.

D'acord amb aquestes idees, l'empresari no pot materialitzar el projecte o l'acord col·lectiu automàticament, de tal forma que haurà de sol·licitar autorització a l'autoritat laboral. Ara bé, l'activitat desenvolupada per l'Administració en una reestructuració empresarial depèn del resultat de les negociacions. Així doncs, mentre que en cas de desacord l'autoritat haurà de ponderar els interessos en joc en la reestructuració, realitzar un judici sobre la proporcionalitat del projecte presentat per l'empresari i finalment prendre una decisió, en cas d'acord durant les negociacions amb els representants dels treballadors l'activitat de l'autoritat laboral es limitarà a homologar l'acord col·lectiu, sense que això signifiqui, com hem vist, que aquesta no pugui realitzar un mínim control sobre l'acord.

Segons preveu l'art 11 del RD 43/1996, en cas d'acord l'autoritat laboral, en el termini de quinze dies naturals, dictarà una resolució autoritzant l'empresa per a procedir a extingir els contractes de treball. Sembla doncs, que en cas d'acord la norma limita de forma important el paper de l'autoritat laboral, de tal forma que a diferencia d'allò que ocorria en l'ET de 1980, l'autoritat laboral no podrà proposar i acordar mesures alternatives perquè en aquest supòsit, l'Administració no ha de decidir sinó homologar l'acord en els termes fixats per les parts.

En aquestes circumstàncies, l'autoritat laboral no podrà en principi oposar-se a l'acord col·lectiu, rebutjar alguns dels seus continguts i proposar mesures alternatives, millorar el pla social o proposar un nou període de negociacions perquè entén que les mesures incloses en l'acord són insuficients, o reduir el número d'acomiadaments perquè entén que les extincions programades són desproporcionals. Tot el contrari, com ja sabem, l'activitat de l'autoritat laboral està reglada i predeterminada. L'Administració es limitarà a realitzar un control de legalitat i a autoritzar les mesures pactades en l'acord, inclús en els supòsits en què creu que poden haver mesures més convenientes o més útils per assegurar la viabilitat futura de l'empresa. Podem dir doncs, que l'acord col·lectiu sobre la reorganització empresarial limita l'actuació de l'autoritat laboral i alhora impedeix que aquesta pugui realitzar un control sobre l'oportunitat de l'acord col·lectiu.

Per altra banda, aquesta limitada activitat de l'autoritat laboral en cas d'acord durant les consultes és coherent amb el significat que té el període de negociacions i amb els principis que l'inspiren. Així és, el període de consultes amb els representants

dels treballadors és una negociació col·lectiva a nivell d'empresa i l'acord col·lectiu a més de ser el resultat dels drets de participació dels treballadors a l'empresa és el fruit d'aquella negociació i per tant, també es troba emparat per la cobertura de l'art 37.1 CE.

Segons aquesta interpretació resulta molt complicat justificar que l'Administració pugui modificar allò acordat durant el període de consultes, ja que aquesta actuació pot vulnerar el principi d'autonomia col·lectiva que regeix la negociació entre l'empresari i els representants dels treballadors i que els habilita per poder negociar aquelles mesures que creuen convenients per superar el desequilibri que amenaça la continuïtat de l'empresa.

En qualsevol cas, la regulació actual sobre aquesta matèria no relega la llavor realitzada per l'autoritat laboral a una simple activitat d'homologació d'allò pactat o a la realització d'un possible control formal de l'acord, és a dir, que l'homologació de l'acord no es produeix sempre de forma automàtica⁸²¹. Tant és així, que l'autoritat laboral podrà realitzar un mínim control sobre allò pactat i aquest control no vulnerarà el principi d'autonomia col·lectiva que inspira les negociacions, perquè a través d'ell l'Administració no pretén modificar o alterar cap dels termes de l'acord, aquesta es limita a analitzar si existeix alguna circumstància que impedeix homologar el pacte. En aquest sentit, l'Administració es trobarà vinculada per l'acord si aquest reuneix els requisits previstos en l'ET però en cas contrari, podrà suspendre el termini per resoldre i el podrà remetre a l'òrgan judicial.

Conseqüentment, per tal que l'autoritat laboral homologue l'acord col·lectiu, aquest ha d'haver estat subscrit pels legítims per a fer-ho i ha de reunir els quòrums necessaris, ja que en cas contrari l'autoritat laboral no podrà autoritzar les extincions. En segon lloc, l'acord no ha d'estar afectat per cap vici, perquè en cas contrari l'autoritat laboral haurà de remetre'l a l'òrgan judicial perquè aquest pugui determinar la seua possible nul·litat. A més d'aquests supòsits, encara cabria apuntar un tercer supòsit que faria innecessària l'autorització administrativa. Segons ha manifestat altre autor⁸²², és possible que durant la negociació de l'expedient les parts negocien una reducció dels acomiadaments previstos inicialment, de tal forma que es podria produir una reducció dels llindars legals que faria innecessari continuar amb el procediment previst per als acomiadaments col·lectius.

Al marge dels supòsits analitzats anteriorment, l'autoritat laboral estarà vinculada pel contingut de l'acord col·lectiu i haurà de dictar en el termini de quinze dies, que començaran a computar-se des de la finalització de les consultes, una resolució administrativa homologant l'acord. Si passat aquell termini, l'autoritat laboral no ha emès una resolució expressa, haurem d'entendre autoritzades les mesures a través del silenci administratiu positiu, art 51.5 ET.

Tanmateix, el dubte pot sorgir a l'hora de determinar si cal sol·licitar el certificat d'actes presumptes per poder dur endavant el projecte d'acomiadament homologat per

⁸²¹ NORES TORRES, LE, "El período de consultas en la reorganización productiva empresarial", op.cit, pàg. 305. MONEREO PÉREZ, JL, FERNÁNDEZ AVILÉS, JA, "El despido colectivo en el derecho español", op.cit, pàg. 280. DESDENTADO DAROCA, E, "La intervención administrativa en los despidos colectivos: Naturaleza y procedimiento", en D.A, op.cit, pàg. 234.

⁸²² NORES TORRES, LE, "El período de consultas en la reorganización productiva empresarial", op.cit, pàg. 306.

silenci administratiu. Respecte a aquesta qüestió, l'autorització per silenci administratiu, sí crec convenient realitzar una breu matisació, com sabem, el procediment de regulació d'ocupació és un procediment administratiu especial que es regeix de forma supletòria per la Llei 30/1992, al menys això diu l'art 51.13 ET. Per tant, no existeix cap dubte que en relació amb els efectes que produeix el silenci administratiu cal acudir a la Llei 30/1992.

Fins a no fa massa, enteníem que el silenci administratiu no produïa uns efectes automàtics i per tant, l'empresari no podia materialitzar immediatament el seu projecte, perquè primerament havia de sol·licitar el certificat d'actes presumptes. De fet, l'art 15 del RD 43/1996 preveu que una vegada ha conclòs el termini de resolució, sense que existesca una resolució expressa, la seua execució dependrà del compliment d'allò dit en l'art 44 de la Llei 30/1992. Per tant, enteníem que en aquests supòsits calia sol·licitar el corresponent certificat d'actes presumptes i això significava també, que si l'empresari no acreditava aquell acte presumpte a través del certificat, no podia extingir els contractes perquè l'antic art 44 de la Llei 30/1992 preveia que per poder fer valdre un acte administratiu presumpte, l'havien d'acreditar a través d'un certificat emès per l'òrgan competent en el termini de vint dies.

Tanmateix, a partir de la reforma produïda en la Llei 30/1992 per la Llei 4/1999 hem de corregir aquest plantejament. Així és, sembla que ja no és necessari sol·licitar el certificat d'actes presumptes per poder materialitzar el projecte d'acomiadament autoritzat per silenci administratiu, perquè l'art 43.5 de la Llei 30/1992 preveu que els actes administratius produïts per silenci administratiu es podran fer valdre davant l'Administració i aquests produeixen efectes des del venciment del termini màxim en el qual ha de dictar-se i notificar-se la resolució expressa. A més, la seua existència pot acreditar-se a través de qualsevol mitjà de prova admesa en Dret, incloent els certificats d'actes presumptes. Així doncs, sembla que a partir de la reforma apuntada, el certificat d'actes presumptes és facultatiu i no obligatori.

En qualsevol cas, cal posar en relleu que l'autorització per silenci administratiu no anul·la l'obligació de l'Administració de dictar la resolució expressa, encara que quan l'estimació d'allò sol·licitat es produeix per silenci positiu la posterior resolució expressa ha de ser confirmatòria d'aquell acte, art 42 i 43.3 Llei 30/1992. A més, l'Administració haurà de notificar la resolució, però sobre aquestes qüestions tornarem més endavant.

6.2.1) ABAST DE LA RESOLUCIÓ ADMINISTRATIVA QUE HOMOLOGA L'ACORD:

Per concloure, resta només per explicar breument l'abast i els efectes que tindrà la resolució de l'autoritat laboral que homologa l'acord col·lectiu. En aquest sentit, cal analitzar diferents qüestions: en primer lloc, els efectes i el significat que té la resolució que homologa l'acord i en segon lloc, cal analitzar els efectes que aquesta resolució administrativa que homologa l'acord tindrà sobre el pla social i el de viabilitat.

Dit açò, començarem pels efectes i el significat de la resolució que homologa l'acord. En un expedient de regulació d'ocupació tal vegada resulte convenient diferenciar dos actes que van acompanyats: l'acte administratiu en virtut del qual l'autoritat laboral homologa l'acord i el posterior acte empresarial en virtut del qual

aquest concreta els afectats per l'acomiadament i materialitza el seu projecte d'acomiadament. A més a més, hem de tenir present que la resolució de l'autoritat laboral només autoritzarà l'empresari per extingir els contractes de treball però no és aquest concret acte administratiu allò que extingeix les relacions laborals, sinó la decisió empresarial basada en aquella resolució administrativa⁸²³.

Podem dir doncs, que l'autorització administrativa únicament estableix les condicions per a exercir un dret, però serà en tot cas l'empresari el que haurà d'exercir-lo i serà per tant la decisió empresarial allò que produeix els acomiadaments. Això sí, haurà d'exercir aquest dret d'acord amb els termes pactats en l'acord. Dit en altres paraules, a través del control preventiu l'Administració condiona l'exercici d'un dret a la prèvia activitat administrativa de l'autorització. En tot cas, aquesta autorització allò que fa és permetre l'exercici d'un dret, després de comprovar la seua adequació a l'interès general. De tal forma, que el control administratiu és previ a l'acomiadament col·lectiu.

Tant és així, que allò més normal serà que després de l'autorització administrativa, l'empresari a través d'un acte empresarial emparat en la resolució administrativa concrete a través dels criteris pactats i homologats, els treballadors afectats per l'acomiadament col·lectiu autoritzat per l'autoritat laboral i duga a terme la resta de mesures incloses en el seu projecte⁸²⁴.

Ni l'art 51 ET ni la seua norma de desenvolupament li obliguen a incloure en el seu projecte d'acomiadament el llistat amb els treballadors afectats per l'acomiadament. Tot el contrari, normalment la resolució administrativa autoritza l'acomiadament d'un número genèric de treballadors i els criteris que han d'utilitzar l'empresari per triar-los, però posteriorment caldrà que l'empresari realitze aquesta selecció. Una vegada autoritzats els acomiadaments per l'autoritat laboral, l'empresari estarà facultat per acomiadar un número determinat de treballadors, però aquests acomiadaments hauran de realitzar-se en els termes pactats. A més, prèviament a les extincions caldrà triar els treballadors afectats.

D'acord amb aquests plantejaments, en cas d'acord durant les consultes la resolució administrativa es limitarà a homologar l'acord col·lectiu. Més concretament, la resolució administrativa es limitarà a autoritzar les extincions de les relacions laborals, art 51.5 ET. El precepte no és pronuncia sobre la resta de mesures incloses en l'acord i per tant, limita la llavor de l'autoritat laboral a autoritzar les extincions. Conseqüentment, podem dir que aquesta resolució facultarà l'empresari per tal de realitzar els acomiadaments en els termes pactats durant les negociacions i això significa

⁸²³ STSJ de Catalunya, 31 de maig de 2002, AS 2325. La resolució administrativa dictada respecte l'ERO no rescindeix les relacions laborals, sinó que es limita a autoritzar la rescissió. Així doncs, és l'empresa la que a partir d'aquell moment decideix activar les extincions. Per tant, l'extinció contractual de l'actora es produeix per la decisió empresarial i no per l'autorització administrativa. STSJ de Madrid, 16 de gener de 2001, AS 544.

⁸²⁴ STSJ Madrid, 16 gener de 2001, AS 544: Tenim doncs, una resolució administrativa que autoritza les extincions d'un determinat número de treballadors sense precisar els noms dels treballadors afectats i un acte empresarial que en el marc d'aquella autorització concreta els afectats, però és la conjugació dels dos actes allò que produeix l'extinció.

ahora, que la resolució administrativa afectarà i donarà validesa i eficàcia a les estipulacions recollides en l'acord sobre els acomiadaments⁸²⁵.

Recordem, que el pacte subscrit en les consultes no necessàriament és limitarà a recollir un número d'acomiadaments determinats, a més podrà condicionar-los a una suposada milloria de l'empresa. Segons aquesta clàusula, part dels acomiadaments programats s'hauran de dur a terme només en cas que la situació de l'empresa no millori a curt termini. A més, les parts poden haver fraccionat els acomiadaments durant un termini determinat o poden haver acordat indemnitzacions superiors o preferències per a romandre a l'empresa. En tot cas, a l'hora de dur a terme les extincions l'empresari haurà de respectar aquestes clàusules que han estat validades per l'acte d'homologació realitzat per l'autoritat laboral.

Aquestes clàusules vincularan l'empresari, perquè l'acord col·lectiu és fruit de la negociació col·lectiva i crea no només drets, sinó també obligacions i en aquest sentit, l'acord obliga l'empresari a realitzar els acomiadaments segons les condicions pactades durant les negociacions. Existeix alguna resolució judicial⁸²⁶ molt significativa en la qual es diu que “el contingut de l'acord entre l'empresari i els representants dels treballadors, incloent els requisits i les condicions que recull l'acord sobre les extincions dels contractes de treball fins al màxim autoritzat, han passat a formar part de la resolució administrativa que autoritza l'expedient”.

Segons aquests plantejaments, l'acord té força vinculant de caràcter normatiu i alhora obligacional, perquè és part integrant de la mateixa resolució administrativa i un pacte contractual entre empresa i treballadors de necessària aplicació. Tant és així, que l'incompliment dels requisits per a la procedència dels acomiadaments donarà lloc a la improcedència de la decisió d'extinció quan es tracte de l'incompliment de condicions de caràcter substantiu i rellevats a les quals les parts han condicionat l'eficàcia de l'acomiadament.

Dit açò, cal aclarir ara la repercussió que l'autorització administrativa tindrà sobre el pla social i el pla de viabilitat. Com sabem, a més d'un número d'acomiadaments, les parts han de pactar mesures destinades a reduir el número d'extincions i reduir els seus efectes negatius. En aquest sentit, poden pactar desvincular-se del règim salarial previst en conveni, modificacions de les condicions de treball, trasllats, desplaçaments, mesures formatives, drets de retorn o borses de treball. Ara bé, com he comentat, la resolució administrativa és limitarà a autoritzar les extincions, art 51.5 ET.

Això significa doncs, que l'autoritat laboral no entrarà a valorar l'adequació d'aquestes mesures en relació amb la situació empresarial, encara que l'existència del pla social li ajudarà a valorar la proporcionalitat dels acomiadaments. No podrà per tant, proposar noves mesures socials perquè entén que aquestes són insuficients o obligar les

⁸²⁵ En un mateix sentit: ELORZA GUERREO, F, “Los acuerdos de empresa en el ET”, op.cit, pàg. 223: El control administratiu afectarà el número d'acomiadaments, els aspectes connexes a les extincions com els criteris de selecció, els terminis d'execució de les mesures, però no les indemnitzacions. Per tant, les competències de l'autoritat laboral estan referides exclusivament als aspectes de l'acord que tinguen relació amb els acomiadaments. De tal forma que qualsevol altre contingut com el pla social estarà sotmès al control de legalitat i vies d'impugnació que el nostre ordenament preveu per als acords d'empresa.

⁸²⁶ STSJ de Catalunya, 1 de desembre de 2000, AS 396

parts a negociar de nou propostes destinades a reduir l'abast de la reestructuració. Dit en altres paraules, la resolució administrativa es limitarà a permetre unes extincions segons les condicions pactades i autoritzades, però la resolució no incorporarà l'acord en bloc.

Sembla lògic aquest plantejament perquè l'acord sobre la reestructuració de l'empresa és un producte de la negociació col·lectiva. Així doncs, no és l'autorització administrativa o l'acte d'homologació allò que atorga validesa i eficàcia jurídica a l'acord col·lectiu sobre la reestructuració. Realment, l'acord col·lectiu és vàlid i té eficàcia des del moment en què és subscrit per les parts legitimades per a fer-ho dins d'un procés de negociació, encara que els efectes de l'acord poden demorar-se fins que es produeix l'autorització administrativa. Dit en altres paraules, no són aquestes mesures incloses en el pla social o en el de viabilitat allò que ha d'homologar o autoritzar l'autoritat laboral, sinó els acomiadaments perquè la resolució administrativa és limitarà a autoritzar únicament un número determinat d'extincions⁸²⁷.

En aquest sentit, no podem defensar el contrari si mantenim que el període de consultes amb els representants dels treballadors és una vertadera negociació col·lectiva i l'acord col·lectiu és el producte de l'autonomia col·lectiva reconeguda a l'empresari i als representants dels treballadors⁸²⁸. De tal forma, que allò pactat a través de les consultes els vincularà i produirà efectes. Tant és així, que alguna resolució judicial⁸²⁹ ha posat en relleu que “provada l'existència de l'acord i reconegut el seu caràcter d'acord col·lectiu, aquest no és simplement un acte propi de la representació sindical i de la resta de les parts, sinó que és una font reguladora de les relacions laborals dels treballadors afectats i amb força vinculant similar a la dels convenis”.

Coherents amb aquests plantejaments, podem dir que aquestes mesures són vàlides encara que la resolució administrativa no es pronuncie sobre elles i produiran efectes encara que l'autorització administrativa és limítima a atorgar eficàcia als acomiadaments inclosos en l'acord col·lectiu. És més, una vegada autoritzades les extincions caldrà respectar el contingut de l'acord, incloent aquest tipus de mesures, encara que la resolució administrativa no les reculli o no faci menció expressa a elles, ja que l'empresari i els representants dels treballadors estan vinculats per l'acord que ells mateixos han subscrit. En canvi, pot ser més discutible que l'autoritat laboral pugui realitzar un control de legalitat sobre la resta de mesures incloses en l'acord⁸³⁰.

⁸²⁷ En un mateix sentit: NAVARRO NIETO, F, “Los despidos colectivos”, op.cit, pàg. 180 i 181: Com raona aquest autor l'autorització administrativa de les extincions permet també a l'acord desplegar altres continguts vinculats a l'acord d'extincions, però la seua eficàcia no queda emparada sota l'acte d'autorització. Així és, el conjunt de mesures del pla social, com són expressió de l'acord d'empresa, és vàlid i produeix jurídicament els seus efectes via art 51 ET amb independència que l'autorització administrativa limítima els seus efectes a les extincions programades dins d'ell. En un mateix sentit: SERRANO GARCÍA, JM, “El plan social en los despidos colectivos”, op.cit, pàg. 350 i 351.

⁸²⁸ Malgrat la definició que fa el TS sobre l'acord col·lectiu aquest reconeix que és un producte de la negociació col·lectiva constitucionalment reconegut en l'art 37 CE: STS, 21 de gener 1997. Amb major claredat es pronuncien els Tribunals Superiors de Justícia: STSJ de Sevilla, 14 de febrer de 2003. AS 3236: Es tracta d'un fenomen de la negociació col·lectiva d'àmbit empresarial que a més del seu contingut típic referit a les causes d'extinció, art 51, i als seus efectes, pot regular altres qüestions. En aquest sentit, no hi ha cap regla que prohibesca aquesta acumulació de continguts.

⁸²⁹ STSJ de Andalusia, 9 de juliol 2004, AS 1304.

⁸³⁰ En un sentit similar es pronuncia: FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, JJ; “Expedientes de regulación de empleo”, op.cit, pàg. L'autoritat laboral no està obligada a fer seus tots els termes de l'acord col·lectiu. De tal forma, que en relació amb aquells aspectes de l'extinció evidentment l'autoritat laboral haurà d'homologar l'acord, però no respecte a la resta d'aspectes. Pel que fa a la resta d'aspectes ens trobem

6.2.2) L'EXECUCIÓ I L'EFECTIVITAT DE LA RESOLUCIÓ QUE HOMOLOGA L'ACORD :

Arribat a aquest punt i una vegada hem precisat exactament allò que ha d'homologar l'autoritat laboral, convé destacar els efectes que es deriven de l'autorització administrativa. Així doncs, cal destacar que l'autorització administrativa és executiva a partir de la data en què es dicta i produeix efectes des d'aquest moment, encara que no és un acte ferm, art 15 i 16 del RD 43/1996.

Això implica diferents coses: en primer lloc, aquestes afirmacions suposen que a partir d'aquella data l'empresari podrà en qualsevol moment materialitzar el seu projecte d'acomiadament. Una vegada l'autoritat laboral ha homologat l'acord col·lectiu l'empresari estarà facultat per a dur endavant en qualsevol moment les mesures incloses en l'acord. Ara bé, com deia anteriorment, la resolució administrativa només faculta l'empresari per extingir un número determinat d'acomiadaments sota unes condicions i uns criteris d'elecció, però no l'obliguen a materialitzar obligatòriament el projecte d'acomiadament.

Així és, com estava dient, l'autorització administrativa únicament permet que l'empresari realitze els acomiadaments en els termes pactats, però no l'obliga. L'empresari podrà decidir no dur a terme els acomiadaments programats. De fet, pot ocórrer que al llarg de les negociacions l'empresari renunciï a la possibilitat d'acomiar a canvi d'altres concessions per part dels treballadors: suspensions dels contractes, reducció de jornada, desvinculació del règim salarial previst en conveni, trasllats, desplaçaments o modificacions de les condicions de treball. No obstant això, sembla que si ha iniciat aquest procediment és precisament perquè té la intenció d'acomiar, amb la qual cosa una vegada s'ha produït l'autorització administrativa aquest podrà dur endavant en qualsevol moment el seu projecte d'acomiadament.

Tanmateix, com ha destacat algun autor⁸³¹, els dubtes poden sorgir a l'hora de determinar el moment a partir del qual hem d'entendre que l'empresari ha desistit de la intenció d'acomiar. Així és, si admitem que a partir del moment en el qual l'autoritat laboral emet la resolució l'empresari pot en qualsevol moment dur endavant el seu projecte d'acomiadaments, la pregunta és doncs, fins a quant pot l'empresari gaudir d'aquesta facultat?

Sembla que ni l'art 51 ET ni la seua norma de desenvolupament donen una resposta satisfactòria, perquè només preveuen que la resolució és executiva i produeix efectes des del moment en què s'emet, art 15 RD 43/1996. Però com sabem, l'empresari no està obligat a acomiar en aquell mateix moment. En aquest sentit, sembla que cal

davant un pacte col·lectiu sotmès als controls de legalitat i a les possibilitats d'impugnació existents en relació amb els pactes col·lectius extraestatutaris.

⁸³¹ ALBIOL MONTESINOS, I, "Regulación de plantillas laborales y despidos colectivos: práctica judicial (II)", op.cit, pàg. 142. Pel que fa a la duració del termini, l'única cosa que es pot assenyalar és el seu caràcter prudencial. Per tant, fora d'aquest cas l'empresari renuncia a l'exercici de la seua facultat d'acomiar. Podem entendre que el termini prudencial per a actuar l'autorització podria entendre's consumat si dilata excessivament la sol·licitud de l'informe dels representants dels treballadors.

entendre que l'empresari gaudirà d'un termini prudència per poder executar la resolució sense que aquest es pugui estendre excessivament⁸³².

En segon lloc, com avançava en els paràgrafs anteriors, la resolució administrativa que homologa l'acord és presumeix vàlida i produeix efectes des que la dicten. Aquestes són executives des del moment en què s'emeten, encara que no són un acte fer. Això implica que la resolució administrativa que conclou el procediment de regulació d'ocupació no esgota la via administrativa i es susceptible de recurs, art 15 del RD 43/1996. Concretament, després de les modificacions introduïdes per la Llei 4/1999 en la Llei 30/1992 hem d'entendre que la resolució podrà ser recorreguda a través del recurs d'alçada, art 107 que haurà de ser interposat davant l'òrgan superior d'aquell que va dictar la resolució.

En relació amb el termini per poder interposar el recurs contra la resolució cal diferenciar dues possibles situacions: recurs contra resolucions expresses i resolucions contra resolucions presumptes. Així doncs, si es tracta de resolucions expresses comptem amb un termini d'un mes per poder interposar el recurs i si la resolució és presumpta comptem amb un termini de tres mesos que començaran a computar a partir de la data en què el silenci administratiu produeix efectes.

Recordem que ja no cal sol·licitar obligatòriament el certificat d'actes presumptes perquè la resolució produeixi efectes, perquè la Llei 30/1992 preveu que els actes administratius produïts per silenci administratiu produeixen efectes des del moment en què venç el termini per dictar la resolució expressa. A més, l'existència d'aquell acte pot ser acreditat per qualsevol mitjà de prova admès en Dret. Una vegada interposat el recurs, l'Administració comptarà amb un termini de tres mesos per dictar i notificar la resolució, de tal forma que passat aquell termini sense resolució expressa entendrem desestimat el recurs. En qualsevol cas, la resolució del recurs d'alçada finalitzarà el procediment administratiu, art 109 Llei 30/1992.

Ara bé, com comentava, la interposició del recurs no paralitza ni suspèn l'execució de la mesura, excepte quan l'òrgan competent acorde, d'ofici o a instància del recurrent, el contrari per entendre que l'execució de la mesura pot ocasionar un perjudici en l'interès públic o en els tercers⁸³³, art 111 Llei 30/1992. A més, l'acord de suspensió podrà adoptar les mesures cautelars necessàries per assegurar la protecció de l'interès públic o de tercers i l'eficàcia de la resolució o de l'acte impugnat, art 111.4 Llei 30/1992. Per tant, en principi l'empresari podrà emparant-se en aquella resolució i procedir a executar el seu projecte d'acomiadament.

Arribat a aquest punt, cal posar en relleu dos problemes que es deriven de la possible impugnació de la resolució que homologa l'acord sobre la reorganització empresarial: la primera problemàtica fa referència als subjectes legitimats per a

⁸³² GOERLICH PESET, JM, "El despido colectivo", en D.A, "Comentario a las leyes laborales", op.cit, pàg. 176: l'Administració ha entès que existeixen límits temporals a aquesta discrecionalitat: "malgrat que l'autorització no està acompanyada d'una data concreta d'execució i deixa en mans de l'empresa la seua execució en funcions de les seues necessitats, està clar que aquesta resolució ha de ser executada en un termini prudencial, ja que el contrari deixaria els treballadors afectats en una clara situació d'inseguretat jurídica. Així doncs, no és possible deixar transcórrer un termini irracional entre l'autorització i les extincions". En un sentit similar: ALBIOL MONTESINOS, I, "Regulación de plantillas laborales y despidos colectivos: practica judicial", op.cit, pàg. 142.

⁸³³ STSJ del País Basc, 23 de juliol de 2001, AS 2737.

impugnar-la. La segona problemàtica fa referència a les conseqüències que es poden derivar quan l'empresari extingeix els contractes emparant-se en la resolució i aquesta es recorreguda i posteriorment la revoquen.

Així doncs, començarem pel primer problema: els subjectes que poden recórrer la resolució administrativa. Com hem comentat anteriorment, la resolució administrativa autoritza els acomiadaments proposats i les condicions pactades entre l'empresari i els representants dels treballadors per dur-los a terme. Per tant, sembla que no és massa lògic que les parts que han negociat i subscrit l'acord impugnen l'autorització administrativa que l'homologa. Tanmateix, aquesta resolució podrà ser impugnada pels treballadors afectats per la reestructuració pactada entre l'empresari i els representants dels treballadors, perquè segons la Llei 30/1992 els treballadors són interessats en el procediment en la mesura que els seus drets poden ser afectats per la decisió finalment adoptada, art 31.b⁸³⁴. Ara bé, per a ser-ho caldrà que es personen en el procediment.

En segon lloc, malgrat que la resolució administrativa produeix efectes des del moment en què s'emet, no és una resolució ferma ni exhaureix la via administrativa, perquè aquesta encara pot ser recorreguda pels treballadors. Així doncs, pot ocórrer que alhora que l'empresari extingeix els contractes emparant-se en aquella resolució, els treballadors interposen contra ella el corresponent recurs i els tribunals posteriorment l'anul·len. La pregunta és doncs, quines són les conseqüències que es deriven d'aquesta revocació? En relació amb aquesta problemàtica els Tribunals⁸³⁵ entenen que les extincions s'han realitzat amb la corresponent autorització administrativa, però si l'anul·lació s'ha produït a través d'una resolució ferma cal reincorporar els treballadors perquè les extincions ja no estan emparades en cap resolució administrativa.

Així és, consideren que una vegada anul·lada la resolució, aquesta no només d'eixa de produir efectes, a més hem d'entendre que els ja produïts manquen de suport vàlid, ja que la resolució que els emparava va deixar de fer-ho perquè va ser anul·lada. És per això que aquells efectes ja produïts i els actes realitzats al seu emparament no es poden mantenir, sinó que han de ser corregits. En qualsevol cas, sobre aquestes qüestions tornarem més endavant.

6.3) IMPUGNACIÓ DE L'ACORD COL·LECTIU PER L'AUTORITAT LABORAL: IMPUGNACIÓ D'OFICI

Com s'ha posat en relleu anteriorment, l'acord col·lectiu només serà homologat si l'autoritat laboral entén que aquest no té cap vici perquè en cas contrari haurà de

⁸³⁴ ALBIOL MONTESINOS, I, "Regulación de plantillas laborales y despidos colectivos: práctica judicial (II).op.cit, pàg. 133 Allò que es pretén recórrer és l'acord sobre el qual va actuar la resolució administrativa. Així doncs, en base a la doctrina dels actes propis queden exclosos com a subjectes legítims per poder recórrer la resolució, l'empresari i els representants dels treballadors que l'acordaren en l'oportú període de discussió i consultes, però són subjectes legítims en els termes de l'art 24.1 CE, els titulars d'interessos legítims. Dins d'aquesta expressió, inclourem els treballadors que veuran afectada la seua relació laboral per la resolució impugnada i segurament també els sindicats competents a nivell territorial i funcional per la seua capacitat processal i per la seua legitimació, art 2.2.d LLOLLS, 32 de la LLJA, 7.3 LLOPJ. En un mateix sentit: NAVARRO NIETO, F, "Los despidos colectivos", op.cit, pàg. 246. MONEREO PÉREZ, JL, FERNÁNDEZ AVILÉS, JA, "El despido colectivo en el Derecho español", op.cit, pàg. 296.

⁸³⁵ STSJ de Catalunya, 16 octubre de 1998, AS 4204. STSJ Catalunya, 31 de maig de 2002, AS 2325. STSJ del País Basc, 23 de juliol de 2001, AS 2737.

remetre'l a l'òrgan judicial perquè aquest ho determine. Però com sabem, els motius que permeten a l'autoritat laboral impugnar l'acord estan taxats i fan referència a quatre possibles causes: frau, dol, coacció, abús de dret⁸³⁶ o quan tracten d'aconseguir indegudament la prestació per desocupació. Dit açò, també convé destacar que alguns d'aquests vicis es poden donar en diferents moments de la tramitació de l'expedient: a l'inici: ocultant informació, durant les negociacions del projecte o a l'hora de concloure l'acord.

Malgrat que en altres moments s'ha fet referència al contingut d'aquestes conductes, tal vegada és convenient tornar de nou sobre elles. Així doncs, segons el legislador, el dol fa referència a les maquinacions insidioses a través de les quals s'indueix a l'altra part a concertar un acord que d'altra forma no s'haguera aconseguit, art 1267 Cc.

Si apliquem aquest concepte al procediment de regulació d'ocupació podem considerar que existeix dol quan l'empresari oculta informació als representants dels treballadors amb la intenció d'aconseguir un acord en determinat sentit o quan aquesta informació és falsa⁸³⁷. En aquest sentit, pot ocórrer que l'empresari oculte als representants dels treballadors que la seua empresa forma part d'un grup o pot ocórrer que aquest es negue a aclarir les relacions que la seua empresa manté amb el grup. També hem de considerar que existeix dol quan l'empresari oculta informació sobre el desequilibri empresarial i falseja el desequilibri sobre el qual es fonamenta la seua proposta d'acomiadament

Ara bé, malgrat que hem qualificat com a dol aquelles conductes, algun tribunal⁸³⁸ ha entès que poden ser considerades com un supòsit d'abús de dret. L'argument que utilitzen els Tribunals consisteix a defensar que segons el Cc els drets han d'exercir-se d'acord amb les exigències de bona fe i per tant, la Llei no empara l'abús de dret o l'exercici antisocial d'aquests. Tenint present aquests plantejaments i el fet que la negociació amb els representants dels treballadors es regeix pel principi de bona fe, entenen que pot existir abús de dret quan l'empresari oculta informació als representants dels treballadors, ja que si hagueren tingut tota la informació no hagueren signat un acord en aquells termes.

Per altra banda, la coacció implica l'acció de constrènyer la voluntat de l'altra part i forçar el seu consentiment. Ara bé, a l'hora d'analitzar aquest vici en una reestructuració empresarial hem de tenir present que les negociacions amb els representants dels treballadors poden esdevenir àrdues pels temes i interessos que es troben en joc, amb la qual cosa ambdues parts poden utilitzar mitjans per fer pressió durant les consultes i tractar d'aconseguir un acord el més favorable possible als seus interessos. Però clar està, poden utilitzar mitjans lícits com la vaga per exercir pressió, però no aquells que tenen una naturalesa il·lícita com és la intimidació. Tanmateix, com apuntava en les línies anteriors, la llei no empara l'abús de dret o el seu ús antisocial, per tant, si ens trobem davant un dels supòsits de vagues il·lícites o prohibides en una reestructuració empresarial, podríem considerar-la com una coacció.

⁸³⁶ NORES TORRES, LE, "El período de consultas en la reorganización productiva", op.cit, pàg. 310. Es tracta de situacions difícilment imaginables en la pràctica, de tal forma que la seua apreciació derivarà d'episodis excepcionals o de "laboratori":

⁸³⁷ STSJ de Catalunya, 7 de setembre de 1998, AS 3638.

⁸³⁸ STSJ de Catalunya, 8 octubre de 2002, AS 3567.

A més dels vicis del consentiment comentats fins aleshores, la reforma de 1994 va introduir dos supòsits més que permeten la impugnació de l'acord: el frau o l'acord aconseguit per accedir indegudament a les prestacions per desocupació. En realitat es tracta de dos supòsits íntimament relacionats, perquè d'acord amb el Cc el frau inclou aquells actes realitzats emparant-nos en una norma però que en realitat busca un resultat prohibit o contrari a ella, 6.3, i precisament és això el que passa quan emparant-nos en la norma que regula els acomiadaments col·lectius pacten un acord per aconseguir unes prestacions que en principi no tindrien dret, perquè no es donen les condicions que generen aquell dret.

Arribat a aquest punt, podem entendre que si es donen algunes d'aquelles circumstàncies l'autoritat laboral haurà de suspendre el termini per dictar la resolució administrativa i haurà de remetre d'ofici o a instància de part l'acord davant la jurisdicció social perquè l'òrgan corresponent es pronuncie sobre la seua possible nul·litat. Allò més coherent, és que l'autoritat impugne l'acord abans que dicte la resolució administrativa, perquè en cas contrari ens podríem trobar amb alguns problemes. Si la impugnació es produeix posteriorment, aquesta no afectaria només l'acord sinó també implicaria modificar l'acte administratiu que el va homologar i per tant, la competència no la tindria la jurisdicció social, sinó l'administrativa⁸³⁹.

El procediment pertinent per a dur endavant la impugnació de l'acord és el previst en l'art 146.b de la LLPL; és a dir, el procediment d'ofici. Així doncs, serà l'autoritat laboral la que iniciï el procediment a través del document previst en l'art 147 LLPL i que ha de reunir els requisits generals de qualsevol demanda. Certament serà l'Administració la que iniciï el procediment però, això no significa tampoc que aquesta siga part en el procediment, de fet aquest seguirà el seu transcurs sense que torne a intervenir en ell l'autoritat laboral, el procediment continuarà d'ofici.

Finalment, el procediment d'ofici conclourà amb una sentència que vincularà l'autoritat laboral la qual haurà d'emetre una resolució coherent amb la resolució judicial⁸⁴⁰. Recordem, que quan l'Administració impugna l'acord el procediment de regulació d'ocupació no conclou, sinó que roman en suspens fins que l'òrgan judicial dicta la sentència pronunciant-se sobre l'acord. Així doncs, si la resolució judicial preveu la nul·litat de l'acord perquè en ell concorre algun dels vicis comentats, l'autoritat no podrà homologar-lo. En canvi, si la sentència preveu que l'acord no està afectat per cap vici, l'autoritat laboral haurà d'homologar-lo a través de la corresponent resolució administrativa.

⁸³⁹ MONEREO PÉREZ, JL, FERNÁNDEZ AVILÉS, JA, "El despido colectivo en el derecho español", op.cit, pàg. 276. NORES TORRES, LE, "El periodo de consultas en la reorganización productiva empresarial", op.cit, pàg. 314 i 315.

⁸⁴⁰ STSJ de Balears, 21 de setembre del 2001, AS 4483. en el procediment d'ofici és la intervenció de l'autoritat laboral aquella que posa en marxa el procediment, encara que després no manté l'exercici de l'acció en el transcurs d'aquest, ja que el seu paper es limita a això, a iniciar el procediment, inclús els tribunals li han denegat la capacitat de recórrer contra la decisió judicial.

6.3.1.) IMPUGNACIÓ DE LA RESOLUCIÓ ARBITRAL PER PART DE L'AUTORITAT LABORAL:

Malgrat el que s'ha comentat fins al moment, la possible impugnació de l'acord per part de l'autoritat laboral encara es pot complicar un poc més quan allò que s'impugna no és un acord tal qual, sinó una resolució arbitral. Recordem que les consultes amb els representants dels treballadors poden concloure amb un acord o amb una resolució arbitral si les parts han acudit a un procediment extrajudicial per resoldre les discrepàncies sorgides durant les negociacions. En aquest sentit, el legislador ens recorda que aquests tindran la mateixa eficàcia i naturalesa que els acords i podran ser impugnats en els mateixos termes que les resolucions arbitrals dictades per resoldre les controvèrsies derivades de l'aplicació d'un conveni, art 85.1 ET. L'article en qüestió ens remet a l'art 91 ET que preveu que les resolucions arbitrals dictades per a resoldre aquelles controvèrsies poden ser impugnades pels motius i procediments previstos per als convenis col·lectius.

Així doncs, cal determinar com ha d'actuar l'autoritat laboral quan entén que la resolució arbitral està afectada per un d'aquells vicis. Plantejat el tema en aquests termes, el primer que cal posar en relleu és el fet que la resolució arbitral no produeix efectes immediatament ni autoritza de forma automàtica l'empresari per poder extingir els contractes. Com ocorre amb l'acord, la resolució arbitral haurà de ser homologada per l'autoritat laboral. Aquesta sembla que és l'única qüestió que no planteja dubtes. Tanmateix, els problemes fan referència al tipus d'actuació que pot realitzar l'autoritat laboral en relació amb les resolucions arbitrals.

Com comentava, el problema es planteja per les diferents previsions recollides en l'art 85.1 ET i l'art 51.5 ET i 11 del RD 43/1996. Mentre l'art 85.1 ET preveu que aquestes resolucions arbitrals podran ser impugnades pel procediment d'impugnació de convenis col·lectius, 151 LLPL, l'art 51.5 ET i 11 del RD 43/1996 preveuen que el control de l'acord col·lectiu sobre els seus possibles vicis es realitzarà pel procediment d'ofici, art 146.b LLPL. La combinació d'aquests preceptes no ajuden a aclarir el tipus d'actuació que ha de realitzar l'autoritat laboral. En principi, no està clar si l'Administració podrà impugnar la resolució arbitral com si fos un acord col·lectiu per la via d'ofici o estarà obligada a homologar l'esmentada resolució arbitral excepte quan considere que la resolució arbitral és il·legal, perquè no han observat les formes i els requisits, quan la resolució arbitral resolga qüestions no plantejades, art 91 ET o quan afecte interessos de tercers, art 67.1 LLPL. En aquestes circumstàncies, l'autoritat laboral podrà impugnar la resolució arbitral, però suposadament per la via prevista per a la impugnació de convenis col·lectius.

Tanmateix, sembla que allò més coherent amb l'art 85.1 i l'art 51.1 ET i 11 del RD 43/1996 és entendre que la resolució arbitral tindrà la mateixa eficàcia i naturalesa que l'acord col·lectiu i per tant, haurà de ser homologat per l'autoritat laboral. No obstant això, si l'Administració observa que aquesta té algun vici dels previstos en l'art 51.5 ET, afecta interessos de tercers o no reuneix els requisits necessaris l'autoritat laboral podrà impugnar la resolució arbitral per la via d'ofici, ja que hem dit anteriorment que aquesta tindrà la mateixa naturalesa que un acord col·lectiu i per tant, ha de seguir el mateix procediment que segueixen els acords⁸⁴¹.

⁸⁴¹ En contra: GOERLICH PESET, JM, "Los Despidos Colectivos", en D.A, "Comentarios a las leyes laborales: la reforma del ET", op.cit, pàg. 160. Considera que el legislador ha assimilat les resolucions

Així doncs, igual que ocorre amb els acords d'empresa, l'autoritat laboral suspendrà el termini per a dictar la resolució que homologa l'acord fins que l'òrgan es pronuncie sobre aquestes qüestions. En canvi, quan allò que es vol és impugnar altres mesures que inclou la resolució arbitral hauríem d'acudir a la modalitat processal prevista per als convenis col·lectius i si existeixen dubtes en relació amb els seu contingut, podríem acudir a la modalitat prevista per als conflictes col·lectius. Però en tot cas, aquestes qüestions es veuran més endavant.

De moment només ens interessa destacar que la impugnació de l'acord o de la resolució arbitral per part de l'autoritat laboral davant la jurisdicció social suspendrà el termini per dictar la resolució administrativa fins que l'òrgan judicial es pronuncie sobre aquestes qüestions. Una vegada aquest ha emès la corresponent sentència, l'autoritat laboral haurà de dictar la resolució administrativa i notificar-la a les parts, amb la qual cosa finalitzaríem amb el procediment de regulació d'ocupació.

6.3.2) LA IMPUGNACIÓ DE L'ACORD PER PART DELS TREBALLADORS:

Malgrat allò que acabem de veure, cabria plantejar-se si els treballadors també poden impugnar l'acord col·lectiu si estimen que existeix en ell algun vici que impedeix la seua homologació i en cas afirmatiu, a través de quina via processal i quina seria la jurisdicció competent per conèixer aquella qüestió. És cert, que l'ET i la seua norma de desenvolupament només han previst una via per a poder controlar l'acord col·lectiu: la via d'ofici, una procediment que a més està reservat a l'autoritat laboral. Així doncs, cal respondre a dues preguntes: poden els treballadors impugnar directament l'acord? I a través de quina via?

En relació amb la primera pregunta, cal dir que sembla lògic que aquells que es poden veure afectats pel contingut de l'acord el pugen impugnar. No analitzaré massa aquesta qüestió perquè els motius ja han estat exposats en diferents moments. No obstant això, sintetitzaré algunes de les idees que serveixen per recolzar la possible impugnació de l'acord pels treballadors. Malgrat la interpretació restringida que fa l'ET i la seua norma de desenvolupament sobre el concepte d'interessat, hem d'analitzar aquests articles en relació amb l'art 31.b i 31.c de la Llei 30/1992. Aquesta interpretació conjunta ens permet afirmar que els treballadors també poden ser interessats en el procediment en els termes recollits en l'art 31 de la Llei 30/1992 i sempre que es personen en el procediment. A més, impedir la possible impugnació per part dels

arbitrals que solucionen les discrepàncies del període de consultes amb els acords col·lectius, però alhora està exclouent que apliquem a les resolucions arbitrals el segon paràgraf de l'art 51.5 ET. En efecte, en relació amb la seua impugnació ens remetre a la genèrica impugnació de les resolucions arbitrals i indica que la impugnació prevista en l'art 51.5 ET ha de ser substituïda per la impugnació corresponent als convenis col·lectius, amb les matisacions introduïdes per l'art 91 ET. En un mateix sentit: DESDENTADO DAROCA, E, "La intervención administrativa en los despidos colectivos: naturaleza y procedimiento", op.cit, pàg. 236. En contra: NORES TORRES, LE, "El período de consultas en la reorganización productiva empresarial", op.cit, pàg. 334 i 335. En canvi, aquest autor manté que si en la resolució arbitral concorre alguna de les circumstàncies relacionades en l'art 51.5 ET, l'autoritat laboral haurà de procedir a la seua impugnació a través del procediment d'ofici. En canvi, la previsió de l'art 85.1 i 91 ET permeten impugnar la resolució arbitral per la via prevista per als convenis col·lectius quan allò que volem és impugnar "altres continguts" que poden aparèixer en la resolució arbitral. Així doncs, cal diferenciar les vies de control en funció de la pretensió perseguida.

treballadors afectats suposaria negar-los la possibilitat de defensar els seus interessos i drets i això seria contrari a l'art 24 CE.

Tanmateix, els dubtes i els problemes apareixen en relació amb la segona pregunta, a saber, a través de quin instrument podran impugnar aquell acord? I quina serà la jurisdicció competent? Les dificultats per a respondre aquestes preguntes radiquen en la complexitat que caracteritza aquests acords i en el mateix procediment de regulació d'ocupació. Doncs bé, en aquests supòsits allò que es pretén recórrer és precisament l'acord i no altra cosa. A més, sembla que haurien de poder impugnar l'acord que els afecta si estimen que en ell concorre algun vici, perquè també són part en el procediment. Tanmateix, existeixen molts problemes a l'hora de defensar una impugnació directa de l'acord per part dels treballadors⁸⁴². De tal forma que poden existir tres plantejaments en relació amb aquesta problemàtica:

El primer plantejament impediria una impugnació directa de l'acord per part dels treballadors, ja que l'ET i la seua norma de desenvolupament només preveuen una via per controlar i impugnar directament aquests acords i està reservada a l'autoritat laboral: la via d'ofici, art 51.5 ET i 146.b LLPL. Tanmateix, abans de l'acte d'homologació els treballadors podran sol·licitar a l'autoritat laboral que impugne l'acord per la via d'ofici per entendre que existeix algun vici que impedeix homologar l'acord col·lectiu.

A més d'aquests plantejaments, cabria un segona teoria: en principi els treballadors no podrien impugnar directament l'acord però seria possible una impugnació indirecta d'aquest⁸⁴³. Així és, una vegada homologat l'acord col·lectiu aquests podran interposar el recurs d'alçada contra l'autorització administrativa⁸⁴⁴. En realitat, allò que impugnen no és la resolució administrativa, sinó l'acord col·lectiu que va servir de base per a concedir l'autorització, un acord que no pot ser homologat perquè té alguna mena de vici.

En principi, els treballadors podran realitzar aquesta impugnació perquè d'acord amb les regles generals són part interessada en el procediment, art 31 Llei 30/1992. En aquest sentit, la jurisdicció competent serà l'administrativa perquè allò que impugnem

⁸⁴² ALFONSO MELLADO, CL, PEDRAJAS MORENO, A, SALA FRANCO, T, "Los acuerdos de reorganización productiva", op.cit, pàg. 1404. Consideren que els treballadors no podran impugnar directament l'acord. En contra d'aquest plantejament: GOERLICH PESET, JM, "El despido colectivo", en D.A, "Comentarios a las leyes laborales", op.cit, pàg. 157: Aquest autor considera que els treballadors afectats podran interposar l'acció de nul·litat corresponent davant l'ordre social si consideren que en el pacte concorre algun dels vicis de l'art 51.5 ET. En un mateix sentit: GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I, "Procedimientos de regulación de empleo en los despidos colectivos", en D.A, "El régimen del despido tras la reforma laboral", op.cit, pàg. 297.

⁸⁴³ STSJ del País Basc, 31 desembre de 2003, Ar. 4254: Aquest sembla que és el plantejament que utilitza aquest Tribunal. Segons expliquen, l'acord pot ser impugnat d'ofici per l'autoritat laboral però diu que resulta rellevant que aquest precepte limite aquests judicis a aquells casos on l'autoritat laboral impugna l'acord. Tanmateix, afirma el Tribunal que tenint present el dret a una tutela judicial efectiva no existeix cap dubte sobre el fet que l'art 24 CE els reconeix la possibilitat de demanar la nul·litat de l'acord, però no a través d'una demanda davant els tribunals socials demanant la nul·litat de l'acord, sinó a través de la impugnació administrativa basada en aquell acord i al·legant com a causa d'impugnació l'existència d'un vici i l'error de l'Administració per no haver acordat la seua remissió als Tribunals.

⁸⁴⁴ La doctrina defèn aquesta possibilitat des de fa molt de temps: NAVARRO NIETO, F, "Los despidos colectivos", op.cit, pàg. 246. La legitimació dels treballadors afectats via recurs ha d'acceptar-se perquè només d'aquesta forma podem garantir el dret a la tutela judicial efectiva en seu contenciosa administrativa. En termes similars: ALBIOL MONTESINOS, I, "Extinciones por causas tecnológicas, económicas o fuerza mayor", op.cit, pàg. 310.

directament és la resolució que homologa l'acord i perquè aquesta resolució no finalitza la via administrativa, ja que no és una resolució ferma i contra ella cap el recurs d'alçada. Tanmateix, en relació amb aquesta possibilitat, la principal crítica que li podem fer és que l'ET ha atorgat la competència per a conèixer la possible nul·litat de l'acord a la jurisdicció social i no a la jurisdicció administrativa⁸⁴⁵.

En aquest sentit, seria possible una tercera interpretació que no està exempta de dificultats i crítiques, tanmateix considere que és la més lògica. En principi, els treballadors podrien impugnar directament l'acord a través de l'acció de nul·litat davant la jurisdicció social. En realitat, ho podrien fer perquè com sabem, són part interessada en el procediment, a més, d'acord amb allò dit en l'art 51.5 ET la jurisdicció social és la competent per conèixer la possible nul·litat de l'acord i el mateix hem de dir, quan allò que s'impugna és una resolució arbitral encara que pugui semblar qüestionable.

És cert que aquest plantejament és criticable i que aquest problema podria haver-se solucionat si haguessen complert amb allò dit en l'art 3.2.b LLPL. Així és, la Llei 29/1998 que regula la jurisdicció contenciosa administrativa incloïa una disposició addicional que modificava l'art 3 de la LLPL i preveia que l'ordre social seria el competent per a conèixer les pretensions contra les resolucions administratives. Tanmateix, no s'han adoptat les disposicions oportunes i per tant, l'ordre social no ha assumit aquestes competències. No obstant això, la solució al problema que ens plantejem es trobaria en les previsions recollides en l'art 3.2.b LLPL. Així és, els treballadors només haurien d'impugnar la resolució davant la jurisdicció social per entendre que l'acord té un vici que impedeix la seua homologació.

6.4) CONSULTES SENSE ACORD: RESOLUCIÓ ESTIMANT O DESESTIMANT LA SOL·LICITUD EMPRESARIAL:

Com s'ha dit en altres moments, el tipus d'intervenció realitzat per l'autoritat laboral en una reestructuració empresarial està condicionat pel resultat de les consultes amb els representants dels treballadors. Així és, a diferència d'allò que ocorria en els supòsits analitzats anteriorment on l'autoritat laboral es limitava a realitzar un control de legalitat quan les negociacions concloïen sense acord, l'autoritat laboral ha d'entrar en el fons d'allò sol·licitat. La seua activitat va més enllà d'un control de legalitat del projecte perquè aquesta ha de valorar i ponderar el projecte d'acomiadament i analitzar si aquest és proporcional i necessari en relació amb les finalitats de l'art 51.1 ET. Així doncs, que en cas de desacord durant les consultes, l'Administració haurà de prendre una decisió consistent a autoritzar o desautoritzar les mesures proposades per l'empresari.

⁸⁴⁵ STSJ de Madrid, 10 setembre de 1996, Ar 3521. Segons el Tribunal allò que es pretén és una impugnació encoberta dels acords homologats per part dels treballadors, la qual cosa excedeix l'àmbit laboral a favor del contenciós administratiu perquè la resolució que homologa és un acte de l'Administració que està subjecte al dret administratiu en matèria laboral. No obstant això, diu el Tribunal que els treballadors que pretenen impugnar l'acord perquè entenen que és nul, ho podran fer a través de l'autoritat laboral, art 51.1 ET o invocant la nul·litat de l'acord amb la resta de les pretensions contra l'acte administratiu, però davant l'ordre contenciós administratiu. STSJ de Catalunya, 4 de setembre de 1996, Ar 3267. És la jurisdicció social la que ha de depurar els vicis de l'acord, ja que la impugnació afecta l'acord no a l'actuació administrativa. Altra cosa és que l'autoritat laboral l'homologue, ja que en aquest cas la impugnació la coneixerà la jurisdicció contenciosa administrativa. En un mateix sentit: STSJ d'Andalusia, 13 de setembre de 1996, Ar 3456.

Podem dir doncs, que malgrat que l'activitat de l'autoritat laboral està reglada, en aquests supòsits gaudeix de certa discrecionalitat per poder valorar la proporcionalitat del projecte d'acomiadament. Certament, aquesta discrecionalitat no és comparable a la que tenia en l'ET de 1980 on podia inclús proposar mesures diferents a les sol·licitades per l'empresari en funció de criteris d'oportunitat. Evidentment, la resolució de l'autoritat laboral es troba limitada pel contingut de la sol·licitud i a més, l'ET recull els criteris que ha de tenir en compte a l'hora de valorar les mesures proposades.

Així és, segons el legislador l'autorització procedirà quan de l'expedient es desprenga raonablement que les mesures proposades per l'empresa són *necessàries* tenint en compte les finalitats de l'art 51.1 ET. Per tant, només quan el projecte siga proporcional, raonable i necessari per a garantir la viabilitat futura de l'empresa o contribueixca a superar una situació negativa, procedirà l'autoritat laboral a autoritzar els acomiadaments. Tanmateix, dins d'aquestes limitacions l'autoritat laboral gaudirà d'un marge de llibertat, perquè en cas de desacord l'autoritat laboral ha d'autoritzar o denegar íntegrament o parcialment allò sol·licitat. Així doncs, malgrat que és cert que la resolució ha de ser congruent amb allò sol·licitat, també és cert que el pronunciament de l'autoritat laboral pot incloure diferents possibilitats.

Arribat a aquest punt, podem dir que l'autorització procedirà quan a partir dels informes de la Inspecció i de l'Entitat Gestora i de la documentació presentada per l'empresari, l'autoritat laboral arribe a la convicció que existeix un desequilibri en el funcionament de l'empresa que amenaça la seua continuïtat futura i per tant, les mesures incloses en el projecte són necessàries per garantir la seua continuïtat i evitar una situació pitjor en el futur. En canvi, l'autoritat laboral desautoritzarà els acomiadaments quan a partir de la mateixa documentació arribe a la conclusió que no existeix cap problema en el funcionament de l'empresa que justifica el projecte presentat per l'empresari, o quan entenga que la situació de l'empresa no justifica l'acomiadament col·lectiu.

Tanmateix, l'existència d'un problema empresarial no comportarà obligatòriament que l'Administració autoritze totes les mesures proposades per l'empresari perquè com sabem, aquesta podrà autoritzar parcialment o íntegrament allò sol·licitat en el projecte d'acomiadament. Així és, l'autoritat laboral haurà entrar en el fons del problema i valorar el tipus de desequilibri que afecta el funcionament de l'empresa, el seu abast i la raonabilitat del projecte d'acomiadament. En aquest sentit, el contingut del pla social i el del pla de viabilitat presentats inicialment per l'empresari li ajudaran a valorar si el projecte és proporcional amb el desequilibri empresarial.

En funció d'aquestes valoracions podrà autoritzar íntegrament les mesures proposades o podrà autoritzar-les parcialment. En aquest sentit, no vulnerarà el principi de congruència si autoritza menys extincions de les sol·licitades, ja que el pronunciament de l'Administració manté relació i coherència amb allò sol·licitat. A més, l'acomiadament és una mesura de caràcter extraordinari, de tal forma que si l'autoritat laboral entén que el problema empresarial és pot superar amb una reestructuració de menys dimensions, aquesta decisió no ha de plantejar més problemes.

En canvi, no podrà denegar els acomiadaments i autoritzar altres mesures com les suspensions o la modificació de les condicions de treball o trasllats col·lectius, no només perquè aquest tipus de pronunciament vulnera el principi de congruència en la

mesura que l'autoritat laboral es pronuncia sobre mesures no proposades per l'empresari, sinó també perquè aquestes mesures tenen una naturalesa jurídica molt diferent i no es poden comparar. No podem oblidar que l'activitat realitzada per l'autoritat laboral no li permet substituir l'empresari i decidir per ell quin tipus de mesures són les més adequades per a superar els problemes que afecten el funcionament de l'empresa, ni quin tipus de reestructuració ha de realitzar. L'autoritat laboral, ha de limitar-se a realitzar un control de legalitat i resoldre d'acord amb allò plantejat per l'empresari.

Però a més, si acceptarem aquesta possibilitat, és a dir, que l'autoritat laboral pugui denegar els acomiadaments, però alhora autoritzar altre tipus de mesures es vulneraria el dret a la llibertat d'empresa. Així és, perquè una cosa és limitar aquest dret en l'àmbit laboral per l'existència d'altres drets i principis constitucionals i altra cosa és impedir o impossibilitar que l'empresari pugui realitzar un acomiadament col·lectiu quan existeix un tipus de desequilibri que permet acudir a aquesta mesura.

Tanmateix, de vegades les coses no són tan senzilles i en determinades condicions l'Administració podrà denegar els acomiadaments i autoritzar altres mesures. Aquest tipus de pronunciaments seran possibles quan l'empresari sol·licite un número determinat d'acomiadaments i de forma *subsidiària*, la suspensió dels contractes de treball. En aquestes circumstàncies, l'autoritat laboral podrà autoritzar les suspensions perquè el seu pronunciament es mou entre els marges delimitats per allò sol·licitat per l'empresari. Però no podrà, com he comentat, proposar mesures no sol·licitades perquè l'Administració ha de decidir en funció d'uns criteris jurídics no d'oportunitat o conveniència i per tant, no pot proposar les mesures que a ella li semblen més justes o oportunes, la seua resolució ha de guardar relació amb allò que li demanen.

Tanmateix, com sabem, aquests projectes empresarials no estan formats únicament d'un projecte d'acomiadament col·lectiu on sol·liciten autorització per poder acomiadar d'acord amb uns criteris. A més d'aquestes mesures, el projecte d'acomiadament va acompanyat d'un pla de viabilitat i d'un pla d'acompanyament social que pot estar format per mesures de diferent naturalesa. Així doncs, tal vegada hauríem de preguntar-nos quin tipus de control ha de realitzar l'autoritat laboral sobre el pla social quan les consultes conclouen sense acord i si pot condicionar l'autorització administrativa al compliment d'aquests projectes.

No és fàcil donar una resposta satisfactòria a aquesta problemàtica, entre altres coses perquè el legislador no aclareix ni l'eficàcia que tindran aquests projectes, ni la seua naturalesa ni tan sols el tipus de control al qual s'han de sotmetre. Dit açò, podríem pensar que l'autoritat laboral no ha de fer cap tipus de control sobre el pla social ni sobre el pla de viabilitat ni en cas d'acord ni en cas de desacord, ja que s'ha de limitar a autoritzar o denegar els acomiadaments, art 12 del RD 43/1996. Per tant, aquelles mesures queden fora del seu control.

Tanmateix, no hem d'oblidar que segons el mateix legislador l'autorització procedirà quan de la documentació obrant en l'expedient es desprengui raonablement que les mesures són necessàries, art 51.6 ET. El legislador parla de "mesures" no d'acomiadaments, amb la qual cosa pot estar dient que es concedirà l'autorització quan

el conjunt de mesures: socials, laborals i els acomiadaments siguin necessàries per assegurar la continuïtat del projecte d'acomiadaments.

Així doncs, sembla que algun tipus de control ha de realitzar l'autoritat laboral sobre el pla social i el pla de viabilitat en cas de desacord, perquè li ajudaran a l'hora de valorar si els acomiadaments estan justificats o no, si el projecte és raonable i li permetrà relacionar les mesures socials, els acomiadaments i el desequilibri empresarial amb la qual cosa podrà ponderar més adequadament la raonabilitat del projecte i prendre una decisió. Ara bé, quan aquests projectes siguin insuficient o excessius, l'autoritat laboral no podrà corregir els excessos del pla social ni les seues insuficiències, ni podrà proposar mesures més lògiques o més ajustades a la legalitat vigent.

Per altra banda, malgrat que l'Administració no podrà proposar mesures socials ni valorar la seua oportunitat en cas de desacord durant les consultes, sí podrà autoritzar parcialment o íntegrament els acomiadaments i sotmetre alhora l'efectivitat de l'autorització administrativa al compliment del pla social i al pla de viabilitat presentat inicialment per l'empresari. Mitjançant aquest tipus de pronunciament es tractaria d'autoritzar un número d'acomiadaments determinats i exigir alhora el compliment de les mesures socials i de viabilitat proposades per l'empresari. De tal forma, que les extincions no es poden produir si no es realitzen les mesures socials proposades inicialment amb la sol·licitud.

No es tracta de condicionar l'autorització a un comportament empresarial, sinó d'exigir el compliment de les mesures que ell mateix va presentar amb la sol·licitud on sol·licitava autorització per extingir els contractes⁸⁴⁶. Malgrat que aquests pronunciaments plantegen alguns dubtes i problemes, considere que són possibles. A més, em sembla important destacar que aquest tipus de resolució respecta el principi de congruència i la legalitat vigent, perquè l'Administració no modifica el contingut dels plans presentats per l'empresari ni proposa mesures no sol·licitades, sinó que es limita a autoritzar la reestructuració empresarial en els termes i en les condicions exposades en els plans presentats per l'empresari.

Segons aquestes idees, una vegada concedida l'autorització administrativa, si l'empresari finalment opta per executar els acomiadaments, ho haurà de fer en els termes que ell mateix va exposar en els documents que va presentar a l'autoritat laboral. Amb aquests tipus d'autoritzacions administratives evitem unes reestructuracions basades exclusivament en la reducció de costos laborals a través dels acomiadaments. Tanmateix, aquesta possibilitat no està exempta de problemes, sobretot, quan ens trobem amb un pla que inclou mesures de dubtosa legalitat.

Hem de pensar que en aquests supòsits, l'autoritat laboral autoritza uns acomiadaments i un pla social realitzat exclusivament per l'empresari, un pla que pot incloure mesures de dubtosa legalitat. En aquest sentit, hem de pensar que l'empresari

⁸⁴⁶ PARADA VÁZQUEZ, JR, "Derecho Administrativo", op.cit. pàg. 384. Des d'una concepció de l'autorització com a acte reglat no és possible acceptar que les autoritzacions puguin ser modulades discrecionalment a través de: condicions o terminis o actes que incidescen sobre els efectes de l'exercici del dret o l'activitat que ha estat autoritzada. Quan des d'una autorització es justifiquen altres intervencions sobre el subjecte autoritzat, estan fent passar una autorització per una concessió o es confon l'autorització amb altres tècniques.

quan procedeix a presentar el seu projecte amb la sol·licitud davant l'autoritat laboral proposarà allò que ell considere oportú i podrà proposar més acomiadaments dels que són necessaris i mesures desproporcionades. Això en principi no planeja cap problema, perquè durant les consultes totes aquestes qüestions seran negociades amb els representants dels treballadors, de tal forma que el pla social de l'empresari no ha de coincidir necessàriament amb l'aprovat durant les consultes.

Ara bé, si el període de consultes conclou sense acord, l'autoritat laboral es trobarà amb un pla social que no ha estat depurat durant les negociacions. En aquests supòsits, l'autoritat laboral no podrà corregir aquestes mesures ni aquest pla ni podrà condicionar l'autorització administrativa a la celebració d'unes noves negociacions que tracten de depurar aquests projectes. Només podrà autoritzar els acomiadaments i exigir el compliment del pla social presentat inicialment per l'empresari.

Per altra banda, i amb independència del pronunciament de l'Administració, aquesta haurà de dictar una resolució en el termini de 15 dies, passats els quals s'entendrà autoritzat allò sol·licitat per l'empresari per silenci administratiu. La resolució serà congruent i haurà d'estar motivada. Sembla lògic que així siga, perquè els afectats per la resolució han de conèixer els motius que han fonamentat el pronunciament a efectes de poder interposar els recursos si així ho creuen convenient. En definitiva, la motivació de la resolució és necessària per tal de no situar els interessats en el procediment en una situació d'indefensió.

La motivació de la resolució esdevé un requisit essencial en la mesura que el pronunciament de l'autoritat laboral pot incloure diferents possibilitats i els afectats per la resolució han de conèixer els motius pels quals l'Administració ha optat per una decisió i no per l'altra. Per tant, haurà de determinar els motius, no serà suficient amb el fet que l'autoritat laboral cite uns articles per a fonamentar la seua decisió, aquesta haurà de fer un raonament jurídic i posar en relleu els motius pels quals ha adoptat aquesta decisió. A més, l'argumentació haurà de ser jurídica la qual cosa exclou els judicis d'oportunitats o de conveniència.

6.5) AUTORITZACIÓ PER SILENCI ADMINISTRATIU:

Tant si el període de consultes conclou amb acord o sense ell, l'autoritat laboral haurà de dictar una resolució en el termini de quinze dies naturals, de tal forma que una vegada ha transcorregut aquest termini sense autorització expressa, entendrem autoritzat allò sol·licitat per silenci administratiu, art 51.5 ET i 12 del RD 43/1996. Com veurem seguidament, aquestes normes no fan més que constatar allò que recull la Llei 30/1992 i tracten de garantir que la inactivitat de l'Administració no situe els interessats en el procediment en una situació d'indefensió.

Podríem dir doncs, que el silenci administratiu no és més que una presumpció que recull la Llei 30/1992 i que es constitueix com una garantia a favor de l'interessat enfront de la passivitat de l'Administració a l'hora de resoldre. Per això mateix, una vegada ha passat el termini per dictar una resolució expressa, la norma presumeix que aquella voluntat de l'Administració s'ha produït i ha generat uns efectes negatius o positius.

Tanmateix, l'estimació o la desestimació per silenci administratiu no fa desaparèixer l'obligació de l'Administració de resoldre de forma expressa. Tot el contrari, l'Administració està obligada a dictar resolució expressa en tots els procediments inclús quan l'autorització o desautorització d'allò sol·licitat es produeix per silenci administratiu. Ara bé, en cas de produir-se l'autorització per silenci positiu la posterior resolució expressa de l'Administració ha de ser confirmatòria d'aquell silenci, però en cas de desestimació per silenci negatiu la resolució expressa posterior pot ser confirmatòria d'aquell acte o no, art 43.3 llei 30/1992.

En definitiva, el silenci administratiu simplement tracta de presumir que aquell acte administratiu s'ha produït a determinats efectes, perquè davant algunes situacions necessitem un acte administratiu. Això és el que ocorre quan volem impugnar la resolució, ja que si no hi ha un acte administratiu de referència no és pot impugnar, és per això que neix la doctrina del silenci administratiu. Aquesta doctrina tracta d'evitar que els interessats queden en una situació d'indefensió davant la passivitat de l'autoritat laboral a l'hora de resoldre i puguen exercir el dret a una tutela judicial efectiva.

Fetes aquestes breus explicacions sobre la raó de ser del silenci administratiu, cal posar en relleu també l'evolució d'aquesta doctrina, aquesta evolució compta amb dos moments àlgids: la promulgació de la Llei 30/1992 i la reforma introduïda per la Llei 4/1999. Així és, en l'ET de 1980 en cas d'acord durant les consultes l'autoritat laboral comptava amb un termini de quinze dies per homologar l'acord, una vegada havia passat aquell termini sense resolució expressa, havíem d'entendre autoritzat allò sol·licitat per *silenci positiu*, 51.5 ET. Tanmateix, quan el període de consultes conclouïa sense acord, si l'autoritat laboral no dictava la resolució en el termini legal havíem d'entendre desautoritzat els acomiadaments per silenci *administratiu negatiu*, art 51.6 ET.

No obstant això, amb la promulgació de la Llei 30/1992 i la nova filosofia que en ella es recull sobre el silenci administratiu i les relacions dels particulars amb l'Administració es produeix un canvi important que serà recollit finalment per la reforma del 1994. Així doncs, amb els canvis normatius apuntats en les línies anteriors el silenci negatiu que regia en l'ET 1980 es va convertir en silenci positiu en l'ET sorgit despès de la reforma del 1994. Segons explica el legislador en l'exposició de motius de la Llei 30/1992 "La Llei introdueix un concepte nou sobre la relació de l'Administració amb el ciutadà que supera la doctrina de l'anomenat silencia administratiu".

Es podria dir que aquesta llei estableix el silenci administratiu positiu canviant la nostra norma tradicional. El caràcter positiu de la inactivitat de l'Administració és la garantia que s'estableix quan no és compleix l'objectiu vertader de la llei que no és altre que els ciutadans obtinguen una resposta expressa de l'Administració i sobretot, que l'obtinguen en el termini establert. El silenci administratiu ha de ser la garantia que impedisca que els drets dels particulars es buiden de contingut quan la seua Administració no atén eficaçment i amb la celeritat deguda.

D'acord amb aquests plantejaments, l'ET i la seua norma de desenvolupaments substituïren el silenci negatiu pel positiu, amb la qual cosa passat el termini màxim per resoldre de forma expressa, l'empresari entendrà autoritzat el seu projecte. No obstant, d'acord amb allò que deia l'art 44 de la Llei 30/1992 l'autorització per silenci administratiu no tenia eficàcia immediata, perquè calia sol·licitar un certificat d'actes

presumptes. Així doncs, fins que l'empresari no obtenia aquell certificat no podia executar el projecte d'acomiadament ni podien interposar els recurs corresponent. En aquest sentit, la Llei 30/1992 preveia que els terminis per interposar recursos administratius i contenciosos administratius havien de computar-se a partir de l'endemà de la recepció de la certificació d'actes presumptes, art 44.5 llei 30/1992.

Certament, aquesta exigència no feia més que dilatar el procediment en la mesura que l'òrgan competent tenia un termini de vint dies per emetre l'esmentat certificat. Tanmateix, aquesta situació ha canviat de forma important a partir dels canvis introduïts per la llei 4/1999 en la Llei 30/1992. Segons les modificacions d'aquesta norma, els actes administratius produïts per silenci administratiu es podran fer valdre davant l'Administració i produeixen efectes des del venciment del termini màxim per a resoldre. A més, la seua existència pot ser acreditada a través de qualsevol mitjà de prova admesa en Dret, amb la qual cosa podem dir que no caldrà sol·licitar un certificat d'actes presumptes per interposar els recursos corresponents contra la resolució o per de dur endavant el projecte d'acomiadament, art 44.4 i 115.1 Llei 30/1992.

7) NOTIFICACIÓ DE LA RESOLUCIÓ

Segons preveu la Llei 30/1992, totes les resolucions i actes administratiu que afecten els drets i interessos dels interessats hauran de ser notificats, art 58. Així doncs, una vegada l'autoritat laboral ha dictat la resolució administrativa haurà de notificar-la als interessats. Pels motius ja exposats en diferents moments, l'Administració haurà de notificar la resolució a l'empresari, als representants dels treballadors, però també als treballadors.

Tanmateix, la notificació de la resolució a tots els treballadors pot comportar alguns problemes pràctics sobretot quan la reestructuració afecta un número nombrós de treballadors. Així doncs, que en aquests casos podríem acudir a la regla recollida en l'art 59.6 de la Llei 30/1992 en virtut de la qual, quan l'acte tinga per destinataris una pluralitat indeterminada de persones, l'Administració podrà substituir la notificació per la publicació i en aquestes circumstàncies, la publicació produirà els mateixos efectes que la notificació.

L'objectiu d'aquest acte no és altre que posar en coneixement de les parts la decisió de l'autoritat laboral i donar a conèixer alhora les possibles vies d'impugnació. Allò que busquem amb la notificació és que els interessats coneguen la decisió que repercutirà sobre els seus drets i interessos i coneguen que poden fer contra l'acte que li han notificat. Una vegada l'autoritat laboral ha dictat la resolució administrativa, aquesta comptarà amb un termini màxim de deu dies per notificar-la.

Amb l'objectiu d'evitar situacions d'indefensió, la notificació haurà de recollir el següent contingut: el text íntegre de la resolució administrativa i haurà d'expressar si la resolució posa fi o no a la via administrativa, és a dir, si és un acte fer o no, si és possible interposar recurs contra la resolució administrativa i quin recurs podem interposar, l'òrgan davant del qual el podem interposar i el termini, art 58 Llei 30/1992. Ara bé, l'omissió d'alguns d'aquells requisits no invaliden automàticament la notificació. Tant és així, que el mateix legislador preveu que les notificacions que recullen el text íntegre de la resolució, però ometen la resta de requisits produiran efectes a partir del moment en què l'interessat realitze actuacions que ens donen a

entendre que coneix la resolució i el seu abast o a partir del moment en què interposa el recurs.

Tanmateix, malgrat que és necessari notificar la resolució administrativa als interessats en el procediment, això no significa que aquesta produeixi efectes des d'aquell moment. Tot el contrari, d'acord amb allò dit en l'ET i en la seua norma de desenvolupament, la resolució administrativa és presumeix vàlida i surt efectes des del moment en què es dicta. La notificació simplement donarà a conèixer als interessats la decisió de l'autoritat laboral i les possibles actuacions que poden iniciar a partir d'aquest moment. No obstant això, com sabem, la resolució no és ferma i per tant, no finalitza la via administrativa perquè contra ella podem interposar el recurs d'alçada. Dit açò, podem dir que una vegada s'ha produït la resolució administrativa podran ocórrer dues coses: podrem executar el projecte empresarial autoritzat per l'autoritat laboral i podran interposar l'esmentat recurs contra l'esmentada resolució.

8) EFECTES COMUNS DE LA RESOLUCIÓ ADMINISTRATIVA:

8.1) POSSIBILITAT D'INTERPOSAR RECURS ADMINISTRATIU:

Amb independència que el període de consultes concloga amb acord o sense ell, la resolució administrativa produeix uns efectes comuns. Quan la resolució de l'autoritat laboral autoritza l'empresari per poder dur endavant el seu projecte d'acomiadament aquesta implicarà dues coses: en primer lloc, s'obrirà el termini per a poder interposar el corresponent recurs administratiu i en segon lloc, l'empresari podrà des d'aquell moment materialitzar el projecte d'acomiadament. En canvi, si la resolució desautoritza el projecte empresarial, l'empresari no podrà dur endavant les mesures previstes en ell però, podrà recórrer la resolució. Dit açò, començarem per la possibilitat d'interposar recurs administratiu contra la resolució.

Aquestes afirmacions impliquen que la resolució administrativa que autoritza o denega l'autorització no esgota la via administrativa i per tant, la resolució pot ser recorreguda. Però alhora, d'aquestes idees hem de deduir que la resolució malgrat que no és un acte ferm produeix efectes des d'aquell moment, és a dir, que és immediatament executiva.

Sobre aquestes afirmacions els tribunals⁸⁴⁷ expliquen que “l'execució immediata de les resolucions suposa la possibilitat de dur a terme els actes autoritzats per la resolució però no implica la plena i definitiva validesa i eficàcia d'aquells actes i les seues conseqüències”. Així doncs, per tal d'evitar situacions més complicades en el futur, l'Administració podrà acordar la suspensió de l'acte si entén que l'execució immediata d'aquest pot produir perjudicis greus en l'interès públic o en aquell que recorre la resolució, art 111.2 Llei 30/1992.

En qualsevol cas, allò que està clar és que contra l'acte administratiu que autoritza o desautoritza els acomiadaments, els interessats podran interposar el corresponent recurs administratiu. En tema de recursos el RD 43/1996 ens remet

⁸⁴⁷ SSTSJ de Catalunya, 16 octubre de 1998, AS 4204, 31 de maig de 2002, AS 2325, STSJ de Castella i Lleó, 24 de juliol de 2001, AS 2332.

expressament a la Llei 30/1992, amb la qual cosa haurem de seguir allò dit en la norma administrativa, art 16 RD 43/1996. Ara bé, la revisió dels actes administratius ha patit una important reforma a partir de la Llei 4/1999 i s'ha produït una profunda modificació del sistema de recursos administratius vigent fins aleshores.

Segons explica el legislador, aquesta reforma respon als plantejaments doctrinals més consolidats que defensaven la necessitat de simplificar aquesta matèria i establir un sistema de solució de recursos diferent al sistema tradicional. Aquesta és la tendència que han seguit els països del nostre voltant. El nou sistema de revisió de l'activitat de l'Administració segueix dues línies bàsiques: la unificació dels recursos ordinaris i alhora, la reforma ha reforçat la revisió d'ofici per causa de nul·litat.

En relació amb el tema que ens interessa: la impugnació de la resolució administrativa en els expedients de regulació d'ocupació, sembla que el recurs que haurem d'interposar és el recurs d'alçada, perquè a partir dels canvis introduïts per la Llei 4/1999, l'art 114 de la Llei 30/1999 diu el següent: “les resolucions i actes als quals es refereix l'art 107, quan no posen fi a la via administrativa, podran ser recorreguts en *alçada* ...” Alhora, l'art 109 de la Llei 30/1999 preveu que les resolucions dels recursos d'alçada posen fi a la via administrativa⁸⁴⁸.

El recurs d'alçada haurà d'interposar-se davant el superior jeràrquic. El termini per a poder interposar-lo és d'un mes si l'acte fos exprés i de tres mesos si fos presumpte, un termini que començarà a comptar a partir del dia següent a aquell en què produeix efectes el silenci administratiu, art 16 del RD 43/1996 i 114 i 115 de la Llei 30/1992. En aquest sentit, cal recordar que ja no cal sol·licitar el certificat d'actes presumptes i que podem acudir a qualsevol mitjà de prova a efectes d'acreditar la seua existència.

Els subjectes legitimats per a poder interposar el recurs d'alçada són aquells que són titulars de drets subjectius o interessos directes que poden ser afectats per la resolució, art 31.2 Llei 30/1992. Tanmateix, cal recordar que els representants dels treballadors que han subscrit un acord durant les consultes no podran recórrer la resolució que autoritza els acomiadaments, perquè no poden anar en contra dels seus propis actes. Tanmateix, la resolució podrà ser recorreguda pels treballadors si és personen o inclús pels representants que no han signat l'acord.

Segons preveu la norma, el recurs podrà fonamentar-se en qualsevol dels motius de nul·litat o anul·labilitat, art 107 i 62 i 63 de la Llei 30/1992, i per tant, podran al·legar la vulneració de l'ordenament jurídic per raons de fons i per raons formals. En aquest sentit, podran al·legar infracció de requisits formals o incompliments dels tràmits del procediment però també vulneració de preceptes constitucionals o legals o podran al·legar que no existeix causa suficient per poder realitzar els acomiadaments, que la resolució ha homologat un acord subscrit per subjectes que no reunien la legitimitat

⁸⁴⁸ Amb anterioritat a la reforma introduïda per la Llei 4/1999, l'art 107 establia que “contra les resolucions que no posen fi a la via administrativa i els actes de tràmit que determinen la impossibilitat de continuar un procediment o produeixen indefensió, els interessats podran interposar el recurs ordinari”. L'art 114 de la Llei 30/1992 regulava el recurs ordinari i establia que “Les resolucions i actes a què es refereix l'art 107 podran ser recorregudes davant l'òrgan superior jeràrquic del que es va dictar”. En darrer lloc, l'art 109 preveia que les resolucions dels recursos ordinaris posaven fi a la via administrativa. En definitiva, després de la reforma introduïda per la llei 4/1999 totes les referències al recurs ordinari han estat substituïdes pel recurs d'alçada.

necessària o inclús perquè l'Administració es va negar a plantejar el procediment d'ofici.

Una vegada interposat el recurs, l'òrgan competent comptarà amb un termini màxim de tres mesos per resoldre el recurs. Una vegada ha transcorregut aquest termini, haurem d'entendre desestimat el recurs per silenci administratiu, excepte quan el recurs d'alçada ha estat interposat contra la desestimació per silenci administratiu d'una sol·licitud pel transcurs del termini. En aquest cas, entendrem estimat el recurs per silenci administratiu, art 42.2 Llei 30/1992.

La resolució que resol el recurs podrà confirmar la resolució de l'autoritat laboral o podrà anul·lar-la. Si la confirma, la resolució que autoritza o desautoritza l'empresari esdevé ferma. Com ens podem imaginar, els problemes sorgeixen quan la resolució del recurs anul·la la dictada per l'autoritat laboral, ja que en aquests supòsits l'empresari pot haver realitzat els acomiadaments, perquè com sabem, la resolució de l'autoritat laboral malgrat que no és ferma és immediatament executiva. En aquests supòsits, els òrgans judicials⁸⁴⁹ entenen que una vegada anul·lada la resolució administrativa aquesta deixa de produir efectes i a més els ja produïts deixen de tenir suport vàlid perquè la resolució que els emparava deixa de fer-ho.

En qualsevol cas, el recurs d'alçada finalitzarà la via administrativa i en principi no podem interposar un nou recurs contra la resolució que el resol, art 109 i 115.3 de la Llei 30/1992. Tanmateix, el capítol dedicat als recursos de la Llei 30/1992 va ser modificat per la Llei 4/1999 i va ser aquesta darrera norma la que va recuperar el recurs extraordinari de revisió, un recurs que podem interposar contra els actes fermes en via administrativa, art 118 Llei 30/1992.

Tanmateix, com el seu nom indica, es tracta d'un recurs extraordinària que només podem interposar quan concorren unes circumstàncies concretes. Les circumstàncies que ens permeten interposar aquest recurs són les següents: quan apareguen nous documents que posen en relleu l'error de la resolució, quan en dictar-la hagueren incorregut en un error de fet causat per la documentació que obra en l'expedient, que en la resolució haja influït documents falsos o que la resolució continga algun vici del consentiment. Al marge d'aquesta possibilitat extraordinària, el recurs d'alçada finalitza la via administrativa i si volem recórrer la resolució haurem d'acudir a la via judicial i interposar el corresponent recurs contenciós administratiu.

8.2) HABILITACIÓ PER TAL DE MATERIALITZAR LES MESURES ACORDADES:

Malgrat que la resolució administrativa es presumeix vàlida i produeix efectes des del moment en què s'emet, com sabem, aquesta pot ser recorreguda, de tal forma que una vegada ha passat el termini per recórrer la resolució administrativa aquesta esdevé ferma i no pot ser recorreguda en via administrativa. En qualsevol cas, la resolució que autoritza les extincions permetrà a l'empresari realitzar els acomiadaments sol·licitats. Així és, l'autorització només permetrà exercir un dret, la qual cosa no significa que l'empresari haja d'executar el seu projecte obligatòriament;

⁸⁴⁹ STSJ de Catalunya, de 31 de maig del 2002, AS 2325. STSJ de Castella i Lleó, 24 de juliol de 2001, AS 2332. STSJ de País Basc, 23 de juliol AS 2737.

aquest podrà fer-ho o no, però si opta per dur endavant el seu projecte l'haurà de fer d'acord amb els termes pactats o fixats en l'autorització.

Per altra banda, cal destacar que la resolució administrativa que homologa l'acord o aquella que autoritza el projecte d'acomiadament en cas de desacord durant les negociacions, únicament autoritza un número genèric d'acomiadaments que han de produir-se en els termes pactats o fixats en l'autorització. Així doncs, podem dir que no serà l'autorització administrativa allò que produeix els acomiadaments. A més a més, després de l'autorització caldrà realitzar dos actes d'empresa: l'acte en virtut del qual concretarem els treballadors acomiadats i l'acte en virtut del qual extingim els contractes de treball d'acord amb allò dit en l'acord i en la resolució.

Començarem pel primer acte: la concreció dels treballadors acomiadats. En aquest moment, considere que hem de diferència si el període de consultes conclou amb acord o sense ell. Així doncs, malgrat que amb caràcter general la concreció dels treballadors correspon realitzar-la a l'empresari, en cas d'acord aquesta facultat es trobarà limitada pels criteris acordats i per les preferències recollides en l'acord col·lectiu. No oblidem que el contingut de l'acord, a més de regular les condicions de treball de l'empresa i els termes en què ha de realitzar-se la reestructuració vincularà també aquells que l'han signat. En canvi, quan el període de consultes conclou sense acord, l'empresari gaudeix d'una major llibertat a l'hora de triar els treballadors perquè no hi ha uns criteris fixats anticipadament. De tal forma, que en principi aquesta facultat empresarial només estarà limitada per la prioritat de permanència dels representants dels treballadors o per allò dit en el conveni col·lectiu sobre aquesta matèria.

D'acord amb les idees exposades fins aleshores, una vegada s'ha produït la selecció dels treballadors afectats, l'empresari podrà, emparant-se en la resolució administrativa, extingir els contractes de treball autoritzats i dur endavant la reestructuració empresarial. No obstant això, a partir d'aquest moment cal diferència diferents col·lectius per tal de diferenciar la situació en què queden els treballadors afectats per la reestructuració empresarial: els treballadors acomiadats, els acollits als programes de baixes i els acollits als plans de prejubilació.

Així doncs, els treballadors acomiadats a conseqüència d'un expedient de regulació d'ocupació, tindran com a mínim, dret a una indemnització de vint dies de salari per any de servei. Tanmateix, en cas d'acord durant les negociacions, els treballadors tindran dret a la indemnització pactada amb els representants dels treballadors i a més els acomiadaments hauran de realitzar-se d'acord amb els termes pactats durant les negociacions. Una vegada acomiadats, els treballadors passaran a la situació legal de desocupació i tindran dret a les prestacions corresponents si compleixen els requisits generals de cotització, 208.1.a LLGSS.

A més a més, en cas d'acord durant les consultes els treballadors a més de tenir dret a la indemnització pactada poden tenir alguns drets més que deriven del pacte col·lectiu. Recordem que l'empresa i els representants dels treballadors poden haver pactat mesures destinades a facilitar la inserció laboral dels excedents de plantilla: una borsa de treball, cursos formatius o d'habilitats per a la recerca de treballs o un dret de retorn. Totes aquestes mesures evidentment tindran un caràcter voluntari i per tant, hauran de ser els treballadors acomiadats els que decideixen acollir-se a elles o no.

En segon lloc, en cas d'acord durant les negociacions, l'empresari pot haver pactat un programa de prejubilacions o de baixes. Totes aquestes mesures tenen un caràcter voluntari per tant hauran de ser acceptades pels treballadors. En aquest sentit, caldrà obrir un termini determinat de temps perquè els treballadors que reuneixen els requisits fixats en els acord puguin adherir-se al programa de baixes i al de prejubilacions.

Respecte als treballadors que s'adhereixen a les baixes, cal dir que no serà la causa de l'art 49.1 ET aquella que extingeix el seu contracte de treball, sinó la causa prevista en l'art 49.a ET, és a dir, el mutu acord de les parts. De tal forma, que aquests treballadors no passaran a la situació legal de desocupació perquè han cessat voluntàriament en el treball, art 208.2.1 LLGSS. Això sí, tindran dret a les percepcions econòmiques previstes en el programa al qual s'han acollit. Tanmateix, com s'ha comentat en altres moments, aquest plantejament suscita alguns dubtes.

Pel que fa als treballadors prejubilats no m'estendré massa sobre ells perquè la seua situació ja ha estat analitzada en altres moments. Tanmateix, tal vegada resulte convenient fer una recapitulació. En aquest sentit, igual que ocorre amb els plans de baixes, en aquest cas també caldrà obrir un termini de temps determinat perquè els treballadors que reuneixen les condicions fixades en l'acord puguin adherir-se a ell. Una vegada s'ha produït l'adhesió, aquests treballadors, segons la doctrina del TS, extingiran el seu contracte de treball per la causa prevista en l'art 49.a ET, és a dir, el mutu acord de les parts. A partir d'aquest moment, es regiran per les condicions fixades en el programa de prejubilació, al menys fins que arriben a l'edat per poder jubilar-se, quan arriben a aquesta edat accediran a la jubilació, art 160 LLGSS.

Tanmateix, arran dels darrers canvis legislatius: Llei 35/2002, de 12 juliol, sobre mesures per a establir un sistema de jubilació gradual i flexible, s'ha produït un canvi important respecte als programes de prejubilació, uns canvis que han donat lloc a un nou apartat en l'art 51 ET. L'art 51.15 de l'ET estableix un règim especial de prejubilació per a determinats col·lectius que han extingit el seu contracte a conseqüència d'un expedient de regulació d'ocupació.

L'art 51.15 ET estableix algunes exigències en relació amb aquests expedients de regulació: en primer lloc, l'empresa no ha d'estar incursa en un procediment concursal. En segon lloc, ha de finançar un conveni especial de quotes a la Seguretat Social. I en darrer lloc, els treballadors afectats per l'expedient han de tenir com a mínim cinquanta-cinc anys. Per la seua part, l'art 7 de la Llei 35/2002 va afegir a la LLGSS una disposició en relació amb el contingut del conveni que ha de subscriure l'empresa. Segons aquestes normes, una vegada reconeguda l'extinció, els treballadors passen a la situació legal de desocupació, art 208.1.1.a LLGSS i l'empresari haurà de cotitzar des de la data de l'extinció fins als seixanta-un anys. A partir dels seixanta-un anys, les cotitzacions seran a càrrec del treballador obligatòriament fins als seixanta-cinc anys o fins a la data de la jubilació anticipada.

Pel que fa a les mesures incloses en el pla social, resulta prou complicat realitzar un anàlisi global d'aquestes mesures i de les conseqüències que es deriven d'elles, però amb caràcter general podem dir que totes elles tenen un caràcter voluntari per als treballadors i per tant, l'empresari no pot imposar-les perquè són un oferiment no una imposició. Així és, les mesures incloses en els plans socials poden suposar una

modificació de les condicions laborals dels treballadors a l'empresa i per tant, hauran de ser acceptades per ells, entre altres coses perquè el pla social té com a objectiu reduir els aspectes negatius de l'expedient i reduir l'abast de la reestructuració i no modificar de forma irregular i eludint les normes les condicions de treball. Així doncs, l'empresari no podrà imposar les transformacions de contractes, les modificacions funcionals o els trasllats o desplaçaments.

En relació amb les mesures incloses en el pla social: trasllats, desplaçaments o modificacions condicions de treball, les parts durant les negociacions compten bàsicament amb dues possibilitat: o bé obrin un termini de temps determinats per tal que els treballadors s'acullen a elles voluntàriament o bé, poden durant les consultes concretar els treballadors que es veuran afectats per aquestes mesures. Tanmateix, aquesta concreció no significa que els treballadors afectats estiguen obligats a acceptar-les, aquests comptaran amb la possibilitat d'acceptar les mesures proposades o extingir el seu contracte i inclús, com veurem seguidament, podran impugnar-les.

9) EFECTES DE LA DESAUTORIZACIÓ:

Tenint en compte les normes que regulen els acomiadaments col·lectius podem dir que l'autorització administrativa es configura com un requisit formal essencial en el procediment, perquè sense ella l'empresari no pot realitzar l'acomiadament col·lectiu. Tant és així, que l'art 124 de la LLPL sanciona l'incompliment d'aquest requisit amb la més greu de les sancions: la nul·litat, amb la conseqüent readmissió dels treballadors i el pagament dels salaris de tràmit.

Per altra part, els acomiadaments objectius produïts en períodes successius de noranta dies i sota els llistats legals i no fonamentats en causes noves, també seran considerats nuls per fraudulents ja que el seu objectiu és eludir el procediment previst per als acomiadaments col·lectius i concretament un dels seus tràmits: l'autorització administrativa. A més, el tancament de l'empresa o el cessament de les activitats de forma definitiva o temporal, sense la corresponent autorització administrativa, donarà lloc a una infracció administrativa molt greu, art 8.3 del RDL 5/2000.

Així doncs, aquest seria el supòsit típic que regula i sanciona l'art 124 de la LLPL i que no és altre que l'acomiadament col·lectiu produït sense la corresponent autorització administrativa. Ara bé, hi ha altres supòsits que també seran sancionats amb la nul·litat perquè han eludit la corresponent autorització administrativa, encara que no tots aquests supòsits estaran emparats per l'art 124 LLPL. Segons aquestes idees, haurem de considerar nuls els acomiadaments quan l'empresari directament omet iniciar el procediment de regulació de l'ocupació, 124 LLPL, quan realitza un acomiadament fragmentat amb la finalitat d'evitar amb fins fraudulents el procediment, art 51.1 cinquè paràgraf, però seran nuls també els acomiadaments quan l'empresari inicia el procediment però materialitza el seu projecte d'acomiadament abans d'obtenir la corresponent autorització administrativa., art 124 LLPL.

Tanmateix, des del meu entendre, aquestes no són les úniques situacions que tenen cabuda en l'art 124 de la LLPL. Així és, la mateixa qualificació ha de rebre l'acomiadament col·lectiu produït en contra de la resolució administrativa, és a dir, quan l'autoritat laboral emet una resolució desautoritzant l'empresari per poder acomiadar i malgrat això, aquest decideix dur endavant el seu projecte.

Certament, aquesta interpretació no està exempta de dubtes, uns dubtes que a més venen de lluny. Alguns autors defenen que l'acomiadament col·lectiu produït en contra de la resolució hauria de ser declarat improcedent i no nul⁸⁵⁰. Aquells que defenen aquestes idees consideren que l'acomiadament produït en contra de la resolució administrativa no ha eludit el procediment legal, simplement s'ha produït en contra d'allò dit per l'autoritat laboral i per tant manca de causa. Segons raonen els defensors d'aquests plantejaments, l'ordenament jurídic sanciona la falta de causa amb la improcedència de l'acomiadament i no amb la nul·litat, amb la qual cosa ens trobem amb una situació paradoxal perquè davant uns acomiadaments produïts per les mateixes causes, art 52.c i 51 ET, l'ordenament jurídic sanciona de forma diferent la falta de causalitat. Mentre en el cas dels acomiadaments objectius aquest incompliment suposa la seua improcedència, en el cas dels col·lectius provoca la seua nul·litat.

Tanmateix, malgrat que aquests arguments tenen molt de sentit i les diferents conseqüències que es deriven de la falta de causalitat en els acomiadaments de l'art 51 i del art 52.c ET, semblen lògiques si tenim en compte els interessos i friccions que es troben subjacents en els acomiadaments col·lectius, una fricció de drets o interessos que no es troba present en els acomiadaments objectius, allò cert és que la nul·litat en els acomiadaments col·lectius en aquests casos es troba justificada.

Així és, sembla lògic que els acomiadaments col·lectius produïts en contra de la resolució administrativa siguin sancionats amb la nul·litat i la conseqüent readmissió dels treballadors amb l'abonament dels salaris de tràmit. Allò que realment seria paradoxal és precisament que l'ordenament sancionés la falta d'autorització administrativa, és a dir, l'incompliment d'un requisit formal, amb la nul·litat i la falta de causa que és un requisit material i consubstancial en els acomiadaments col·lectius fos sancionada amb la improcedència.

Dit açò, si l'empresari materialitza el seu projecte en contra de la resolució administrativa que el desautoritza conforme a allò dit en l'art 124 LLPL podrem denunciar aquesta situació davant els Tribunals socials. Tanmateix, els dubtes sorgeixen de nou en la mesura que l'art 124 de la LLPL és limitada a recollir la conseqüència que es derivarà quan l'acomiadament es produeix sense autorització, però l'article no preveu un procediment específic ni aclareix quina modalitat processal caldrà utilitzar. En qualsevol cas, aquest tipus de problemes els analitzarem seguidament.

⁸⁵⁰ GOERLICH PESET, JM, "El despido colectivo", en D.A, "Comentarios a las leyes laborales", op.cit, pàg. 180 i següents: Segons explica, estendre la nul·litat també als acomiadaments "contra" l'autorització sembla profundament anòmala des de diferents punts de vista. La nul·litat de l'art 124 LLPL hauria de quedar reservada per als defectes del procediment de regulació d'ocupació. En contra: MONEREO PÉREZ, JL, FERNÁNDEZ AVILÉS, JA, "El despido colectivo en el ordenamiento jurídico español", op.cit, pàg. 309 i següents. RODRÍGUEZ RAMOS, M^aJ, "El procedimiento", en D.A, "El despido, análisis y aplicación práctica", op.cit, pàg 546. GORELLI HERNÁNDEZ, J, "Las nulidades en la extinción colectiva (vías de defensa laboral ante la extinción colectiva)", RL, 1997, 17, pàg 194.

VI: IMPUGNACIÓ DE LA RESOLUCIÓ I CONFLICTES COMPETENCIALS:

1. LA JURISDICCIÓ CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA

1.1) LA DÍFICIL DELIMITACIÓ DE COMPETÈNCIES ENTRE AMB DUES JURISDICCIONS:

Tradicionalment la impugnació de la resolució administrativa ha plantejat i planteja més d'un problema competencial entre l'ordre contenciós administratiu i el social. Segurament tots estarem d'acord amb una idea: en matèria d'expedients de regulació d'ocupació ens trobem en un terreny fronterer i precisament el nostre sistema d'intervenció administrativa i la descoordinació entre ambdues jurisdiccions, no han ajudat massa a delimitar les competències d'aquestes jurisdiccions.

Bona part dels problemes competencials que analitzarem seguidament troben la seua raó de ser en la intervenció de l'autoritat laboral en els acomiadaments col·lectius. De fet, la seua intervenció en el procediment és una circumstància que no ajuda a l'hora de defensar la competència de l'ordre social. Així és, des del punt de vista subjectiu la competència per tal de conèixer les controvèrsies relacionades amb l'autorització correspon a la jurisdicció contenciosa administrativa, perquè en aquests supòsits existeix una intervenció de l'Administració subjecta a Dret Administratiu. Ara bé, des del punt de vista material, aquesta intervenció es produeix dins de l'àmbit material del Dret Social i això ha d'implicar la competència de la jurisdicció social.

A més a més, la situació es complica més, si tenim present que el procediment de regulació d'ocupació es compon de dues fases: una estrictament laboral, que es regeix pel principi d'autonomia col·lectiva i altra administrativa, durant la qual l'autoritat laboral haurà de dictar la corresponent resolució administrativa que habilitarà l'empresari per materialitzar el seu projecte d'acomiadament.

En qualsevol cas, considere que el tipus d'intervenció de l'autoritat laboral en el procediment no justifica la desproporcionada "vis atractiva" de la jurisdicció contenciosa sobre la social. Així és, la resolució és només un acte de formalització de la voluntat de l'empresari i els representants dels treballadors al menys, quan el període de consultes conclou amb acord. La resolució administrativa no és un acte de voluntat de l'Administració, l'autoritat laboral simplement homologa l'acord i l'incorpora a la resolució. Així i tot, la resolució no ha d'incorporar íntegrament l'acord, perquè hi ha matèries sobre les quals no ha de pronunciar-se l'autoritat laboral. Per altra banda, no hem de perdre de vista que la resolució només habilita l'empresari per poder acomiadar un grup genèric de treballadors però, serà necessari un acte posterior realitzat per l'empresari.

Així doncs, el possible contingut de la resolució, l'existència de diferents actes i l'objecte de les nostres pretensions són elements essencials a l'hora de delimitar qui coneixerà les possibles controvèrsies. Tanmateix, aquesta nítida delimitació entre la jurisdicció contenciosa administrativa i la social només es possible a nivell teòric,

perquè a la pràctica els problemes han sigut continus, sobretot, en relació amb algunes qüestions concretes.

Les dificultats pràctiques a l'hora de delimitar les competències troben el seu origen en tres circumstàncies: la falta de coordinació entre ambdues jurisdiccions, la falta d'un tractament unitari i la diferència de criteris a l'hora d'atribuir-se les competències. Prova de la deficitària coordinació entre ambdues jurisdiccions són els pronunciaments de la sala de Conflictes de Competència del TS⁸⁵¹. A través dels seus pronunciaments, ha tractat de distribuir les competències sobre aquesta matèria entre els tribunals contenciosos administratius i els socials. La conseqüència ha estat la divisió "artificial" de les controvèrsies plantejades però més perillós encara, aquesta distribució ha fet que a través dels recurs contenciós administratiu els seus tribunals interpreten i apliquen una disposició corresponent a l'àmbit laboral amb els riscos que això comporta.

Altre factor que ha contribuït als problemes competencials entre aquests ordres ha estat la diferència de criteris utilitzats entre aquestes jurisdiccions a l'hora d'atribuir-se les competències. La jurisdicció social opta per utilitzar un criteri material i determina la competència dels seus tribunals en funció de la matèria, és a dir, tenint en compte el tipus o contingut de les pretensions plantejades. En aquest sentit, la LLPL preveu que "Els òrgans jurisdiccionals de l'ordre social coneixeran de les pretensions plantejades dins de l'àmbit social del Dret, tant en els conflictes individuals com en els col·lectius, art 1. En canvi, la LLJCA delimita la competència dels seus tribunals a través d'un criteri subjectiu. Segons l'art 1 de la LLJCA els seus tribunals coneixeran les pretensions que "es deduesquen en relació amb l'actuació de les Administracions Públiques subjectes a Dret Administratiu".

Aquestes circumstàncies han generat nombrosos problemes competencials a l'hora d'impugnar la resolució administrativa en un acomiadament col·lectiu. Per començar, podem dir que ens trobem davant una matèria fronterera entre la jurisdicció contenciosa i la social, ens trobem davant un conflicte essencialment laboral entre l'empresari i els treballadors sobre una matèria laboral: l'extinció dels contractes i la reorganització empresarial. Però alhora, existeix una intervenció per part de l'Administració que fa que els tribunals contenciosos administratius reclamen la competència per conèixer determinades impugnacions.

La solució d'aquests conflictes passa a grans trets per dues possibles alternatives: l'eliminació de la intervenció administrativa o per l'assumpció de les competències per part de la jurisdicció social. No obstant això, cal reconèixer que en aquesta matèria ha existit, tant a nivell legislatiu com judicial, una "vis atractiva" de la jurisdicció contenciosa administrativa, encara que és cert que han existit alguns intents per corregir aquesta tendència. L'art 9.4 LLOPJ i art 3.1.c LLPL reafirmen aquests plantejaments en la mesura que preveuen que la jurisdicció contenciosa administrativa és la competent per a conèixer les pretensions relacionades amb els actes de les Administracions subjectes al Dret Administratiu. No obstant això, s'exceptua d'aquesta

⁸⁵¹ Sentència del Tribunal de Conflictes de Jurisdicció, 25 de juny de 1996, Ar 4679 i Auto de 8 de març de 1991 de la sala de Conflictes de Competència: aquestes resolucions parteixen de la realitat indiscutible que totes les qüestions plantejades pertanyen a l'ordre social del dret i malgrat això, corresponen a l'ordre contenciós les matèries sobre les quals s'ha pronunciat l'autoritat laboral. En canvi, amb caràcter residual corresponen a l'ordre social les matèries sobre les quals no s'ha pronunciat l'Administració.

regla els actes de les Administracions atribuïts per Llei a la jurisdicció laboral, art 3.a LLJCA.

Tanmateix, els conflictes competencials posaren en relleu la necessitat d'unificar els procediments i d'acceptar, tal vegada, la conveniència que siga la jurisdicció social la competent per tal de conèixer aquestes controvèrsies. La Disposició addicional 5^a de la Llei 29/1998, 13 de juliol, reguladora de la jurisdicció contenciosa administrativa, es va pronunciar en aquest sentit en afirmar en el seu art 3.2.b que els òrgans jurisdiccionals socials seran competents per tal de conèixer "les resolucions administratives de regulació d'ocupació".

No obstant això, aquesta previsió va ser posteriorment modificada per la Llei 50/1998 i en ella es preveia el següent: en el termini de nous mesos des de l'entrada en vigor d'aquella llei, el Govern remetrà a les Corts un projecte de Llei per a incorporar a la Llei de procediment Laboral les modalitats i especialitats processals corresponents en els supòsits del número 2. Aquella Llei determinarà la data d'entrada en vigor de l'atribució de competències a la jurisdicció social de les matèries incloses en l'art 3.2, però aquesta previsió ha estat incomplida. De tal forma, que la impugnació de la resolució administrativa continua estant rodejada dels mateixos problemes.

Per altra banda, a l'hora de resoldre aquests problemes jurisdiccionals els tribunals han seguit, de vegades, una línia vacil·lant. Però crec que podem dir que tradicionalment, han potenciat aquesta "vis atractiva" de la jurisdicció contenciosa administrativa en matèria de regulació d'ocupació. En general, els tribunals han considerat que tota impugnació de l'acord implica una impugnació indirecta de la resolució administrativa⁸⁵² i conseqüentment, és la jurisdicció contenciosa administrativa la competent per tal de conèixer bona part de les impugnacions realitzades sobre els expedient de regulació i això implica a l'hora un debilitament de la jurisdicció social sobre aquesta matèria.

2) COMPETÈNCIES DE LA JURISDICCIO CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA EN MATÈRIA D'EXPEDIENTS:

2.1) LA "VIS ATRACTIVA" DE LA JURISDICCIO CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA EN MATÈRIA D'EXPEDIENTS DE REGULACIO: LA IMPUGNACIO DE L'ACORD UNA VEGADA HOMOLOGAT.

No només l'actual regulació jurídica ha potenciat la "vis atractiva" de la jurisdicció contenciosa en matèria d'impugnacions, també la doctrina judicial i la jurisprudència han potenciat aquesta tendència i han contribuït a realitzar un repartiment de competències que de vegades ha resultat si més no forçat. En aquest sentit, només cal analitzar les resolucions judicials sobre les possibles impugnacions de l'acord una vegada homologat per a adonar-nos d'aquesta tendència.

⁸⁵² STS, 21 de juny de 1994, Ar 5463.

Amb caràcter general, els tribunals⁸⁵³ han considerat que tota impugnació de l'acord implicava una impugnació indirecta de la resolució administrativa⁸⁵⁴ i això implicava la competència de l'ordre contenciós. A través d'aquesta interpretació negaven la possibilitat que fos la jurisdicció social la competent per tal de conèixer la impugnació directa d'un acord entre l'empresa i els representants dels treballadors, posteriorment homologat per l'autoritat laboral. Aquests entenien que el període de consultes era l'antesala de l'expedient de regulació d'ocupació. Tant és així, que en alguna ocasió⁸⁵⁵ han mantingut que malgrat que aquestes impugnacions afecten un acord entre l'empresa i els representants dels treballadors, aquest s'ha produït en un procediment de regulació d'ocupació que a més va finalitzar no amb l'acord, sinó amb la resolució administrativa.

Segons aquestes interpretacions, l'acord aprovat per l'Administració no podia ser objecte d'una impugnació independent davant l'ordre social, sinó davant l'ordre contenciós al mateix temps que impugnàvem l'acte aprovatori⁸⁵⁶. L'ordre social era competent només per tal de conèixer les impugnacions de l'acord realitzades d'ofici per l'autoritat laboral. En canvi, quan la impugnació de l'acord es realitzava pels particulars basant-se en causes diferents, la competència era atribuïda als tribunals contenciosos administratius⁸⁵⁷. En definitiva, al·legaven que “no és possible la impugnació de l'acord

⁸⁵³ STS, 21 de juny de 1994, Ar. 5463. STS de 27 de juliol de 1989, Ar 6525. STSJ de Catalunya, 1 desembre de 2000, Ar 396: En aquesta resolució, el tribunal afirma que el contingut de l'acord entre l'empresa i els representants dels treballadors i amb ell, els requisits i condicionaments establerts en ell sobre com han de realitzar-se els acomiadaments han passat a formar part de la resolució administrativa que autoritza l'expedient. De tal forma, que l'acord té força vinculant de caràcter normatiu i alhora obligatori, en la mesura que aquest és part integrant de la resolució administrativa.

⁸⁵⁴ STS, 21 de juny de 1994, Ar 5463. STS, de 26 de desembre de 1998, Ar 10314. STS, de 17 de març de 1999, Ar 3002. En aquestes sentències, mantenen que en realitat allò que impugnem és l'acord de l'autoritat laboral, una matèria que és competència de la jurisdicció contenciosa administrativa. STS de 19 de novembre de 2002, Ar 10030. SSTSJ de Catalunya de 22 de gener de 1997, Ar 855 i de 3 d'abril de 1997, Ar 2003. STSJ del País Basc de 31 de desembre de 2003. STSJ de Catalunya de 6 de juny de 2000, Ar. 3045: El tribunal reconeix la incompetència de l'ordre jurisdiccional social per a conèixer la impugnació directa de l'acord col·lectiu posteriorment homologat i la incompetència per a conèixer les impugnacions dels treballadors sobre el llistat aprovat per l'autoritat laboral.

⁸⁵⁵ STSJ d'Andalusia de 20 de juliol de 2001. Ar. 3791. En aquesta resolució el tribunal considera que la competència per a reconèixer i declarar la vigència i eficàcia de l'acord homologat per la resolució administrativa correspon als tribunals contenciosos administratius. Considera que si l'ordre contenciós és el competent per a pronunciar-se sobre la seua anul·lació o modificació ha de ser-ho per a ratificar la seua validesa, sobretot, pel pronunciament genèric i declaratiu del pronunciament. STSJ País Basc, 14 de juliol de 1998: l'acord no pot ser impugnat davant l'ordre social perquè està vedat per l'imperi de la llei, perquè ha de realitzar-se davant la jurisdicció contenciosa administrativa.

⁸⁵⁶ STSJ de Catalunya, 22 de gener de 1997, Ar 855. Davant una impugnació d'un acord realitzada per uns treballadors que al·legaven la seua nul·litat perquè no concorria en realitat la causa tecnològica, el tribunal va estimar el següent: aquestes pretensions no poden ser conegudes per l'ordre social, sinó pel contenciós administratiu, perquè el “pentitum” és la nul·litat d'un pacte adoptat a l'emparament i segons els tràmits de l'art 51 ET. Per tant, si l'autoritat laboral no l'ha impugnat existeix una resolució administrativa que l'homologa. En aquests supòsits, hem d'aplicar allò dit en l'art 3 LLPL, segons el qual la jurisdicció social no coneixerà les pretensions que versen sobre la impugnació dels actes de les Administracions subjectes al Dret Administratiu. STS, de 27 de setembre de 1989, Ar 6525: La sentència declara la incompetència de l'ordre social sobre aquestes qüestions i defèn que no és possible la impugnació de l'acord davant l'ordre social perquè a través d'aquesta impugnem la resolució que l'homologa i la resolució només pot ser impugnada davant l'ordre contenciós administratiu.

⁸⁵⁷ STSJ del País Basc, 31 desembre de 2003, Ar. 4245. En aquesta sentència el tribunal manté aquest argument al·legant que un planejament diferent podria donar lloc a situacions difícils d'entendre. Concretament, exposa que podrien produir-se procediments diferents sobre l'acord amb valoracions

a través de la jurisdicció social, perquè a través d'ella impugnem la resolució administrativa que l'homologa i la resolució només pot ser impugnada davant l'ordre contenciós administratiu”⁸⁵⁸.

Segons aquests arguments, una vegada finalitzat el període de consultes i abans de la resolució administrativa, els treballadors podran instar l'Administració perquè aquesta impugne d'ofici l'acord col·lectiu o bé aquesta ho podrà fer directament davant els tribunals socials si considera que existeix un vici. Ara bé, una vegada dictada la resolució administrativa, la impugnació haurà de realitzar-se davant la jurisdicció contenciosa administrativa, perquè la resolució es basa en aquell acord. De tal forma, que qualsevol decisió judicial sobre l'acord repercutirà sobre la resolució⁸⁵⁹.

Aquesta és la conclusió a la qual hem d'arribar si acceptem allò que defenen algunes resolucions judicials⁸⁶⁰, segons les quals: “una vegada s'ha realitzat l'autorització administrativa que homologa l'acord, aquest queda despul·lat de la seua inicial naturalesa privada per a ostentar aquella altra de la qual participa l'autoritzant que emet la resolució administrativa. La resolució és un acte que no pot ser separat de l'acord”. Aquest plantejament compta amb certa tradició dins de la nostra jurisprudència però això no impedeix que puguem defensar altra interpretació. Considere que aquella interpretació excessivament administrativa ha de donar pas a una altra interpretació més coherent amb la naturalesa que té el període de consultes en l'actual ordenament jurídic.

Amb l'actual regulació jurídica podem defensar diferents coses. En primer lloc, podem dir que l'acord sobre la reorganització és fruit d'una negociació col·lectiva a nivell d'empresa i és conseqüència del principi d'autonomia col·lectiva reconegut a les parts. Però podem defensar a més, l'autonomia de l'acord col·lectiu respecte a la resolució que autoritza els acomiadaments. Aquest no només serà un acord que vincularà les parts i afectarà els treballadors, sinó que a més l'empresari no necessitarà l'autorització de l'autoritat laboral per poder dur endavant aquestes mesures. L'autorització serà necessària només per poder realitzar els acomiadaments.

En definitiva, l'acord sobre la reestructuració empresarial té un valor per ell mateix que no deriva de l'autorització administrativa, sinó del fet que és el resultat de l'autonomia col·lectiva reconeguda a les parts que l'han negociat. Algunes sentències⁸⁶¹ reconeixen que “una vegada hem provat l'existència de l'acord i una vegada hem afirmat

sobre ell ben diferents. A més, si l'acord el desvinculem de la resolució a l'hora d'impugnar-lo i la resolució no la impugnem podríem tenir una resolució ferma i una sentència sense efectes.

⁸⁵⁸ STSJ del País Basc, 31 desembre de 2003. Ar. 4245: l'acord es vincula a una resolució administrativa i per tant, la seua impugnació ha de realitzar-se a través de la jurisdicció contenciosa administrativa. No es pot dirimir la nul·litat de l'acord de forma separada de la resolució. Si no fos així, es podrien produir situacions difícil d'entendre. Concretament, ens podríem trobar amb dos procediments que analitzen la validesa de l'acord però que arriben a solucions diferents, per exemple que la jurisdicció contenciosa considerés que no existeix cap vici en l'acord i ratifiqués la resolució i la resolució social anul·lés l'acord per algun vici.

⁸⁵⁹ RIVERO LAMAS, J, DE VAL TENA, AL, “Los despidos por causas económicas: aspectos procedimentales y procesales”, op.cit, pàg. 619. Aquest plantejament legal ignora la substantivitat de l'acord col·lectiu i afegeix una tutela administrativa excessiva que a més exclou de l'ordre social la impugnació de l'acord. Només acceptant que l'acord es transmuta en un acte administratiu podríem entendre que només poden ser impugnats davant la jurisdicció social pel procediment d'ofici i en canvi, una vegada homologats, les possibles impugnacions quedarien fora del control de la jurisdicció social.

⁸⁶⁰ STSJ de Catalunya de 4 desembre de 1997, Ar 5161.

⁸⁶¹ STSJ Andalusia, 9 de juliol de 2004, Ar 1304.

el seu caràcter d'acord col·lectiu, aquest no és un simple acte propi d'aquells que l'han signat, és a més una font reguladora de les relacions laborals dels treballadors amb força vinculant similar a la dels convenis col·lectius” .

Però a més, aquells plantejaments excessivament administratius no es corresponen amb la realitat d'aquest procediment. M'explicaré, l'acord sobre la reorganització empresarial recollirà les mesures previstes en el pla social que han estat negociades durant les consultes però aquests continguts quedaran fora del control de l'autoritat laboral. L'Administració només haurà de pronunciar-se sobre les extincions i les matèries connexes: criteris de selecció, amb excepcions, número de treballadors afectats i període dins del qual es realitzaran els acomiadaments. El seu control quedarà limitat a aquelles qüestions recollides en l'acord sobre l'extinció dels contractes⁸⁶².

En bona part, els mals entesos sobre la possibilitat d'impugnar l'acord o els incompliments empresarials d'allò acordat davant la jurisdicció social, estan causats per la comuna creença que l'autoritat laboral haurà “d'homologar l'acord”. Aquesta expressió pot fer-nos pensar que la resolució administrativa ha de incorporar l'acord íntegrament i, com hem comentat, això no és exactament així. L'autoritat laboral simplement es pronunciarà sobre els acomiadaments i habilitarà l'empresari perquè pugui realitzar el seu projecte d'acomiadament, però sobre la resta de mesures previstes en l'acord no es pronunciarà, és a dir, que l'autorització no recollirà l'acord en bloc. En qualsevol cas, cal reconèixer que aquest no és el plantejament assumit per la jurisprudència.

2.2) LA IMPUGNACIÓ DE LA RESOLUCIÓ ADMINISTRATIVA:

Però la jurisdicció contenciosa administrativa no només serà competent per tal de conèixer la impugnació de l'acord una vegada homologat a més els nostres tribunals han atribuït a aquesta jurisdicció la competència per tal de conèixer bona part de les impugnacions realitzades en aquesta matèria: impugnacions de l'acord posteriorment homologat per l'autoritat laboral⁸⁶³, impugnacions sobre l'acte empresarial d'execució d'aquella resolució, la nostra inclusió o no en l'expedient⁸⁶⁴, impugnacions sobre la conformitat a Dret de la resolució i les impugnacions derivades de l'execució o compliment de la resolució.

⁸⁶² DESDENTADO BONETE, A, “Los despidos por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción”, op.cit, pàg. 193. La competència de l'autoritat laboral està determinada per la llei en funció de l'autorització de les mesures d'extinció, no crec que es pugui arribar a altes qüestions. Inclús pot ser perturbador que l'autorització pugui referir-se a l'acord en el seu conjunt quan homologa l'acord amb els representants dels treballadors. Aquesta tècnica d'homologar l'acord no és funcional, entre altres raons pels problemes processals que provoca perquè en atreure l'acord a l'àmbit de l'autorització, sembla que convergeix en administratiu tot, inclús allò que probablement no ho és.

⁸⁶³ STS, 21 de juny de 1994, Ar . 5463.

⁸⁶⁴ STS, de 19 de gener de 1999, Ar. 808. SSTSJ d'Astúries, 29 abril de 1994, Ar 1552, 20 de gener de 1995, Ar 33. Algunes resolucions entenen que si el treballador no ha impugnat la resolució administrativa per la seua inclusió en el llistat d'afectats en via administrativa i jurisdiccional, no pot posteriorment reclamar per acomiadament davant la jurisdicció social, perquè la seua passivitat no pot ser esmenada. Tribunal de conflictes de jurisdicció, 26 de desembre de 1988, RJ 10314, 26 de juliol de 1996, RJ 4978 i Sala de Conflictes de Competència, Auto de 8 de març de 1991, consideren que es convenient estendre la resolució administrativa a la relació nominal de treballadors afectats per la regulació d'ocupació perquè el plantejament sobre aquells que han de ser inclosos o no en la relació no només repercuteix en els interessos de la resta de treballadors, sinó que a més pot implicar un nou examen de les causes econòmiques o tecnològiques que han fonamentat la resolució.

La idea que es trobava subjacent en aquests plantejaments era clara: “qualsevol impugnació de l’acte empresarial d’execució d’aquella resolució suposava, si no formalment sí materialment, la impugnació de la decisió administrativa sobre la qual es va fonamentar l’extinció⁸⁶⁵”, i això implica la competència de la jurisdicció contenciosa administrativa. Així doncs, encara que la resolució administrativa versa sobre una matèria laboral: l’extinció dels contractes de treball, la resolució administrativa ha d’incloure’s en l’àmbit del Dret Administratiu i la seua revisió correspon a la jurisdicció contenciosa administrativa⁸⁶⁶.

Segons aquestes idees, no era suficient amb el fet d’al·legar l’existència d’un conflicte individual o col·lectiu a l’hora de reclamar la competència de l’ordre social sobre aquestes qüestions⁸⁶⁷. Tot acte d’impugnació directe o indirecte de la resolució implica la competència de l’ordre contenciós. En canvi, quan no pretenem la revisió de l’autorització ni la causa sobre la qual es va fonamentar la resolució, sinó que existeix conformitat amb el seu contingut però entenem que l’empresa l’aplicada incorrectament, la competència recaurà sobre els òrgans socials⁸⁶⁸.

Sobre aquesta base s’ha consolidat una progressiva “vis atractiva” de la jurisdicció contenciosa sobre els expedients de regulació. El seu control s’estén tant al contingut de l’autorització administrativa com al control sobre les circumstàncies que justifiquen l’expedient i la justificació de les mesures que cal adoptar. Algunes resolucions afirmen directament que “el control de la jurisdicció contenciosa administrativa pot arribar al fons de la qüestió, és a dir, que pot analitzar la causalitat i la crisi que justifica l’expedient, encara que no és freqüent que així siga”⁸⁶⁹. Més concretament diuen que: “el control jurisdiccional dels actes de l’Administració no és només de legalitat, ja que aquell control propi de la jurisdicció contenciosa administrativa pot estendre’s al fons de la qüestió, és a dir, a la justificació de la crisi i la causalitat d’aquesta respecte els acomiadaments”⁸⁷⁰.

Aquests arguments permeten que la jurisdicció contenciosa administrativa conega bona part de les qüestions connectades amb la motivació dels acomiadaments i li permet conèixer aquelles controvèrsies sobre la determinació dels afectats. Els tribunals justificaven la competència dels tribunals de l’ordre contenciós administratiu afirmant que: “el control sobre els criteris de selecció connecta directament amb la problemàtica de la viabilitat de l’empresa sobre la qual ha de pronunciar-se l’Administració, perquè implicarà un examen dels llocs afectats que cal amortitzar i això repercuteix sobre la determinació dels afectats per la regulació”⁸⁷¹. Mantenien a més que “el plantejament sobre qui ha de ser inclòs o no en la relació no només repercuteix en els interessos de la resta de treballadors, sinó que a més pot implicar un nou examen de les causes que han donat lloc a autoritzar la regulació. De tal forma, que entràriem a analitzar el motiu substancial de la intervenció administrativa”⁸⁷².

⁸⁶⁵ STS, 21 de juny de 1994, Ar 5463.

⁸⁶⁶ Auto de la sala de conflictes del TS, 7 de juliol de 1994, Ar 10584.

⁸⁶⁷ STS, 21 de juny de 1994, Ar 5463.

⁸⁶⁸ STS, 13 de setembre de 1990, Ar 7004.

⁸⁶⁹ STSJ Aragó, 16 novembre de 1992, Ar 5917.

⁸⁷⁰ STSJ d’Andalusia, 24 de maig 1994, Ar 2155.

⁸⁷¹ STS, 24 abril de 1990, Ar 3487.

⁸⁷² STSJ d’Andalusia 1994, 24 de maig, Ar 2155.

Enfront d'aquests plantejaments, ha sorgit una nova doctrina⁸⁷³ sobre els criteris de selecció que ha repercutit sobre la jurisdicció competent per a conèixer aquestes qüestions. Segons aquesta nova doctrina judicial, cal diferenciar entre la resolució administrativa i l'acte empresarial d'afectació. Sembla doncs, que es pretén atribuir noves competències a la jurisdicció social en detriment de la contenciosa administrativa però, aquests canvis seran analitzats més endavant.

En qualsevol cas, tradicionalment l'àmbit de la jurisdicció social sobre les possibles controvèrsies relacionades amb l'expedient de regulació d'ocupació ha estat extremadament reduït. Els tribunals mantenen que a l'hora de determinar la competència d'una jurisdicció o d'altra calia diferenciar clarament allò que perseguim amb la impugnació⁸⁷⁴. De tal forma, que si allò que pretenem és impugnar la conformitat de la resolució administrativa és la jurisdicció contenciosa administrativa la competent per a conèixer les nostres pretensions. En canvi, si allò que qüestionem són les conseqüències del seu compliment o execució, serà la jurisdicció social la competent per a abordar aquests problemes.

En definitiva, la clau per a distribuir les competències entre ambdues jurisdiccions és clara: el contingut de la resolució condicionarà la competència d'uns tribunals o d'altres. D'acord amb aquestes idees, la impugnació d'aquelles matèries sobre les quals s'ha pronunciat l'autoritat laboral implicarà la competència de la jurisdicció contenciosa. En canvi, a través de la jurisdicció social haurem de canalitzar les impugnacions d'aquelles matèries que no han sigut objecte de pronunciament per part de l'Administració.

Segons aquesta distribució de competències, la jurisdicció social és limitada a conèixer aquells problemes que versen sobre les conseqüències de les extincions, sobre la resta de mesures incloses en l'acord col·lectiu (trasllats, desplaçaments, modificacions), problemes sobre la indemnització, sobre les pensions de jubilació⁸⁷⁵ i en determinades circumstàncies, la jurisdicció social coneixerà els problemes relacionats amb la inclusió o no d'uns treballadors dins de l'àmbit de la resolució. Els tribunals laborals també seran competents per a conèixer els possibles problemes que es plantegen en matèria de compliment o execució d'allò acordat en la resolució i sobre les extincions produïdes sense l'autorització administrativa.

Aquesta darrera tesis ha estat avalada pel Tribunal de Conflictes de Jurisdicció i la sala de Conflictes de Competència⁸⁷⁶. Sobre els conflictes de competència entre la

⁸⁷³ STS, 26 abril de 2002, Ar 6504, STSJ de la Comunitat Valenciana, 21 de juny de 2005, Ar 2131.

⁸⁷⁴ STS, 8 març de 1991

⁸⁷⁵ Sobre la jubilació anticipada acordada en els expedients de regulació d'ocupació el TS ha diferenciat dues situacions a efectes de determinar les competències de l'ordre contenciós i el social sobre aquesta matèria. Segons algunes sentències, la impugnació de les resolucions que homologuen el conveni regulador han de realitzar-se davant l'ordre contenciós administratiu, mentre que els conflictes entre l'empresa i els treballadors o entre aquests i els òrgans gestors de les prestacions a conseqüència de l'execució i aplicació del conveni s'atribueixen a l'ordre social: STS, de 12 d'octubre de 1999, Ar. 3416, 15 de juliol de 1999, Ar 5794, 5 d'octubre de 1999, Ar. 7544, ATS, 3 gener de 2001, Ar 726. Auto de la Sala de conflictes de 8 març de 1991

⁸⁷⁶ Sentència del Tribunal de Conflictes de Jurisdicció, de 25 de juny de 1996, Ar 4679 i Auto de 8 de març de 1991 de la sala de conflictes de competència: Aquestes resolucions parteixen de la realitat indiscutible que totes les qüestions plantejades pertanyen a l'ordre social del dret i malgrat això corresponen a l'ordre contenciós les matèries sobre les quals s'ha pronunciat l'autoritat laboral. En canvi,

jurisdicció social i la contenciosa administrativa deien el següent: “tota matèria relativa a l’extinció dels contractes de treball, qualsevol que siga la seua causa i finalitat, pertany per la seua essència a l’àrea social del Dret, sempre ha estat així i no podria ser d’altra forma, perquè afecta fonamentalment empresaris i treballadors i s’articula sobre acords col·lectius i decisions administratives regulades en l’ET”. Així doncs, en relació amb els problemes que puguen sorgir en relació amb aquesta matèria la competència correspondrà, en principi, a l’ordre jurisdiccional social. Tanmateix, existeixen matèries de naturalesa laboral sobre les qual el legislador ha atribuït competències decisòries a l’autoritat administrativa laboral. Per tant, quan aquesta intervé tot qüestionament sobre els aspectes que ella resolga serà competència de l’ordre contenciós administratiu.

Els tribunals han insistit en la necessitat de determinar allò que forma part de la resolució, perquè aquesta és la clau per tal de determinar la frontera entre la jurisdicció contenciosa i la social. Els tribunals contenciosos seran competents per a conèixer la revisió del contingut estricta de la resolució però no dels actes posteriors sobre la seua aplicació⁸⁷⁷. Tanmateix, com hem vist, la difícil delimitació de l’àmbit material del contingut de la resolució ha sigut l’origen de bona part dels problemes que han rodejat les possibles impugnacions de la resolució administrativa. A l’hora d’impugnar haurem de preguntar-nos fins a on arriba l’autorització i que inclou exactament, ja que aquesta serà una de les claus que ens ajudaran a determinar la jurisdicció competent per tal de conèixer les futures impugnacions.

Però a més, segurament serà necessari diferenciar diferents actes: la resolució administrativa, l’acte d’empresa en virtut del qual concretem els treballadors afectats i la decisió empresarial emparada en aquella resolució i mitjançant la qual extingim els contractes. Al menys així ho comencen a entendre els tribunals⁸⁷⁸ i sobre aquest problema defenen el següent: “la competència jurisdiccional per a la impugnació de les resolucions de l’autoritat administrativa en matèria de regulació d’ocupació ha estat objecte d’una controvertida doctrina i jurisprudència. Ara bé, en els pronunciaments més recents hem matisat conscientment aquella doctrina i han donat preferència a altra línia argumental. Per tant, a l’hora de determinar la jurisdicció competent, cal diferenciar la resolució i l’acte empresarial d’afectació individual de l’acomiadament col·lectiu”.

Després dels darrers fracassos legislatius que pretenien reconduir a la jurisdicció social el coneixement sobre les possibles impugnacions de les resolucions administratives dictades en els acomiadaments col·lectius, aquesta darrera tendència judicial ha permès reduir un poc la “vis atractiva” de la jurisdicció contenciosa

amb caràcter residual corresponen a l’ordre social les matèries sobre les quals no s’ha pronunciat l’Administració.

⁸⁷⁷ MARTÍNEZ BARROSO, M^ºR, “Competencias de la jurisdicción contenciosa administrativa para conocer de la impugnación del acuerdo por el que se aprueba el convenio de regulación de empleo cuando se proyecta sobre trabajadores determinados”, TL, 2002, n^º67, pàg. 265: Considera que la clau central per a la delimitació de competències en aquest àmbit recau en la diferenciació entre resolució administrativa i les seues conseqüències laborals. Les impugnacions de la resolució corresponen a la jurisdicció contenciosa i les altres a la social.

⁸⁷⁸ SSTs: 18 de gener de 1999, Ar 808, de 17 de març de 1999, Ar 3002, de 26 d’abril de 2002, Ar 6504. STSJ del País Basc, 27 de maig de 2003, Ar 2635: Considera que una cosa és la resolució administrativa i altra cosa és l’execució d’una decisió. STSJ de Madrid: 30 de març de 2004, Ar 2284: Una vegada establerta la possibilitat d’impugnació separada en els supòsits assenyalats, l’ordre jurisdiccional que ha de conèixer aquell afer és el social ja que li corresponen les controvèrsies relatives a l’extinció dels contractes de treball en què són part empresaris i treballadors.

administrativa en matèria d'expedients de regulació d'ocupació. Sembla que han tractat d'ampliar l'àmbit de coneixement de la jurisdicció social. En tot cas, també cal dir que aquests canvis dins de la jurisprudència són insuficients per a corregir la desproporcionada influència de la jurisdicció contenciosa administrativa sobre els expedients de regulació d'ocupació.

Així és, el repartiment de competències entre els dos ordres jurisdiccionals continua generant friccions i situacions de difícil explicació, uns problemes que tenen el seu origen en el fet que determinades matèries que són pròpies de la jurisdicció social són reconduïdes cap a la jurisdicció contenciosa. Aquesta situació fa que el principi recollit en l'art 1 de la LLPL segons el qual "els òrgans de la jurisdicció social coneixeran sobre les pretensions promogudes dins de l'àrea social del Dret en conflictes individuals i col·lectius" adquireixca un significat simbòlic en aquesta matèria.

És cert que aquesta dualitat de jurisdiccions és inevitable des del moment en què intervé l'Administració en el procediment, però la seua actuació s'inclou dins d'un conflicte essencialment laboral. És més, dins d'aquest conflicte laboral entre l'empresari i els treballadors l'Administració no ha de realitzar ni una activitat mediatra ni ha de resoldre un conflicte d'interessos entre les parts, ja que aquest conflicte es resoldrà en principi durant la fase de consultes. L'autoritat laboral simplement haurà de comprovar que concorren els requisits de l'art 51 ET, i si es donen, haurà d'autoritzar les extincions. En canvi, si no, haurà de denegar o autoritzar íntegrament o parcialment allò sol·licitat.

En definitiva, l'autorització administrativa allò que pretén bàsicament és remoure els límits o condicions per exercir un dret una vegada ha comprovat que compleixen les condicions d'exercici i no és contrari a l'interès públic. A través de la tècnica del control preventiu l'Administració condiona l'exercici d'un dret a la prèvia activitat administrativa de l'autorització, però aquesta autorització allò que fa és permetre l'exercici d'un dret després que l'adeqüen a l'interès públic.

Per altra banda, encara que formalment ens trobem davant un acte administratiu: l'homologació de l'acord i l'autorització, materialment ens trobem davant un conflicte laboral que ha de ser resolt a través del període de consultes amb els representants dels treballadors. A més, aquestes negociacions es regiran pel principi d'autonomia col·lectiva i podran donar lloc a un acord col·lectiu amb naturalesa normativa. Això ens ha de fer plantejar quin sentit té que siguin els tribunals contenciosos administratius els competents per a conèixer les impugnacions sobre bona part dels conflictes que es poden plantejar.

Tenint en compte la funció realitzada per l'Administració, hauria de prevaler el criteri material sobre el formal i seria convenient defensar la unificació de jurisdiccions a favor dels tribunals socials. Encara que com sabem, els intents legislatius que s'han realitzat amb aquest objectiu han fracassat i encara estem lluny d'aquest objectiu. Per tant, mentre no unifiquen les jurisdiccions les friccions entre aquests dos ordres continuaran produint-se, sobretot, en relació amb determinades matèries: el control sobre la resta de mesures incloses en l'acord, la selecció dels treballadors afectats, la impugnació d'actes de l'empresari executats emparant-se en allò acordat i la impugnació de la inclusió en el llistat d'afectats.

L'esperada reforma sobre aquesta matèria haurà de resoldre moltes qüestions que es troben en l'aire: l'òrgan jurisdiccional competent per a conèixer les reclamacions i la modalitat processal que cal utilitzar. Aquesta darrera qüestió és un poc més complicada, perquè si allò que impugnem és la resolució administrativa, com aquesta afecta els drets i interessos col·lectius dels treballadors, la modalitat processal utilitzada no pot ser la prevista per a l'extinció del contracte en les seues possibles varietats: art 103 o 120 LLPL.

Una possible alternativa pot consistir a utilitzar la modalitat prevista per als processos de conflicte col·lectiu, art 151 LLPL, perquè allò que està en joc és un conflicte que afecta els interessos d'un grup genèric de treballadors, amb la qual cosa segurament serà necessari diferenciar entre la impugnació de la resolució i la impugnació de l'acomiadament i reconduir les impugnacions per modalitats processals diferents. Però de moment, la unificació de l'ordre contenciós i el social encara no s'ha produït i no podem anticipar-nos als esdeveniments. De moment, la impugnació sobre determinades matèries haurà de realitzar-se davant la jurisdicció contenciosa i altres a través de la social.

2.3) LA IMPUGNACIÓ DE LA SELECCIÓ DELS TREBALLADORS AFECTATS PER L'EXPEDIENT:

Com veurem de seguida, la impugnació de la nostra inclusió o exclusió en el llistat d'afectats per l'expedient no sempre haurà de reconduir-se a través de la jurisdicció contenciosa administrativa, tot dependrà del moment en què es realitzi la selecció. En qualsevol cas, tot el que rodeja aquest tipus d'impugnació esdevé més complicat a conseqüència dels canvis legislatius que s'han produït i pels canvis que s'han succeït dins de la doctrina judicial.

Durant la vigència de l'ET de 1980, corresponia a la jurisdicció contenciosa administrativa la competència per a conèixer la impugnació d'aquestes qüestions. L'atribució de competències a aquest ordre jurisdiccional estava motivat per la previsió recollida en el RD 696/1980. Segons aquesta norma, l'empresari havia d'aportar amb la sol·licitud, no només la documentació econòmica sobre la situació de l'empresa i la resta de documentació exigida, a més havia d'aportar "la relació de la totalitat dels treballadors, amb el nom i cognoms, data i lloc de naixement i grup professional", art 13, amb la qual cosa l'autoritat laboral no autoritzava un número genèric d'acomiadaments, sinó l'acomiadament d'uns treballadors concrets.

Com la resolució administrativa recollia el llistat d'afectats, qualsevol impugnació sobre la inclusió o exclusió dels treballadors en l'expedient havia de realitzar-se a través de la jurisdicció contenciosa administrativa, inclús quan la selecció dels afectats per l'expedient vulnerava la prioritat de permanència dels representants dels treballadors. En algunes ocasions, els tribunals entengueren que encara que el problema de fons era determinar si l'empresari havia vulnerat una de les garanties dels representants dels treballadors prevista en una norma laboral: ET, els tribunals atribuïen aquesta competència a l'ordre contenciós administratiu, perquè era un problema relacionat amb la selecció dels treballadors⁸⁷⁹.

⁸⁷⁹ Aquest problema es va plantejar en la sentència del TSJ de Catalunya de 26 octubre de 1994, Ar 26 octubre, Ar 3890, STSJ Aragó, 13 de juliol de 1994, Ar 2974. STSJ de Madrid, 3 abril de 1995, Ar 1631 i sentència del tribunal de conflictes de jurisdicció, 26 de desembre de 1988, Ar 10314. En aquesta ocasió,

En relació amb les controvèrsies sobre l'exclusió o inclusió dels treballadors afectats per l'expedient, el TS defenia que “si el legislador ha considerat que raons de servei o d'interès públic aconsellen estendre la intervenció administrativa a la relació nominal de treballadors afectats per l'expedient de regulació, haurà de ser l'autoritat laboral la competent per a resoldre les seues incidències per ser una qüestió plantejada en l'expedient” .

La sala de conflictes del TS⁸⁸⁰ va confirmar aquests plantejaments i va reafirmar la competència de la jurisdicció contenciosa administrativa. Segons explicaven, respecte a l'ordre jurisdiccional competent per a conèixer l'expedient de regulació d'ocupació calia diferenciar dos classes de pretensions: aquelles que pretenen impugnar la conformitat a dret de la resolució administrativa i aquelles altres derivades del seu compliment o execució entre l'empresa i els treballadors o entre aquests i les entitats gestores, perquè mentre les primeres han de ser conegudes per la jurisdicció contenciosa les segones correspondran a la social.

Segons ens explicaven en algunes resolucions judicials, aquesta distribució de competències es fonamentava en el següent argument: “mentre el quantum de la indemnització afecta exclusivament el vincle entre l'empresari i el treballador, el plantejament sobre qui ha de ser inclòs o no en la relació d'afectats no només repercuteix en la resta de treballadors, sinó que a més pot suposar un nou examen de les causes que han motivat l'expedient”⁸⁸¹. Segons aquests plantejaments, la selecció dels treballadors es vinculava amb la viabilitat de l'empresa, un aspecte sobre el qual havia de pronunciar-se l'autoritat laboral⁸⁸². Tanmateix, l'atribució de competències sobre aquesta matèria a l'ordre contenciós administratiu va patir un canvi important a partir de

els treballadors impugnaren la seua inclusió en l'expedient davant la jurisdicció social per entendre que s'havia vulnerat la prioritat de permanència a l'empresa però el tribunal va estimar que era la jurisdicció contenciosa administrativa la que havia de resoldre aquest problema perquè “el plantejament sobre qui ha d'estar inclòs o no en la relació no només repercuteix en els interessos de la resta de treballadors, sinó que a més pot suposar un nou examen de les causes econòmiques o tecnològiques, amb la qual cosa aquest anàlisi afectaria el motiu de la resolució administrativa”. En contra: STSJ d'Extremadura de 28 de juliol de 1994, Ar 2827. També en aquest cas la selecció dels treballadors va vulnerar la prioritat de permanència dels representants dels treballadors però, el tribunal va arribar a una conclusió diferent. En aquest supòsit considerà que a través de la impugnació no discutien la resolució administrativa que va autoritzar les extincions, sinó que es discuteix si l'actor forma part de l'àmbit d'aquella resolució i per a poder resoldre aquest problema no cal qüestionar la resolució, sinó només interpretar-la i després determinar si és aplicable o no a l'actor, perquè si no forma part del seu àmbit l'extinció s'ha produït sense la resolució administrativa i per a determinar això, la competència correspon a l'ordre social, perquè es tracta d'un litigi entre l'empresari i el treballador a conseqüència del contracte de treball, art 2.1 LLPL.

⁸⁸⁰ Autos de la Sala de conflictes del TS, 26 desembre de 1988, Ar 10314, de 8 de arç de 1991, 25 de juny de 1996, Ar 4979. STS 9 abril de 1990, Ar 3435, 15 juny de 1992, Ar 4576.

⁸⁸¹ Autos de la Sala de conflictes del TS, 26 desembre de 1988, Ar 10314.

⁸⁸² STSJ d'Andalusia de 24 de maig de 1994, Ar 2155. El tribunal utilitza els següents criteris per a determinar la competència de la jurisdicció contenciosa administrativa sobre aquesta matèria: un índex important per a determinar l'àmbit del procediment administratiu fa referència als documents que cal aportar amb la sol·licitud, en aquest sentit l'art 13 del RD 696/1980 exigeix que aportem la relació de la totalitat dels treballadors afectats per l'expedient amb expressió dels noms i cognoms. La majoria de les circumstàncies que cita l'art fan referència a aquells que han de ser acomiadats i aquesta és una circumstància que connecta amb la viabilitat econòmica o tecnològica de l'empresa sobre la qual ha de pronunciar-se l'autoritat laboral. A més, aquesta valoració suposa un examen dels llocs de treball que cal amortitzar o reconvertir i això influeix en la concreció dels treballadors.

la reforma de 1994 i del RD 43/1996 i a partir dels canvis interpretatius recollits en les sentències del TS en unificació de doctrina de 17 de març i 5 de juny de 1999⁸⁸³.

Malgrat que l'art 51 ET no determina la documentació que cal aportar amb la sol·licitud que inicia el procediment, l'art 6 del RD 43/1996 sí ho fa i preveu que l'empresari haurà d'aportar: "el número i categoria dels treballadors ocupats habitualment durant el darrer any i el dels treballadors que veuran extingit el seu contracte, criteris que caldrà tenir en compte per a designar-los i el període dins del qual es van a produir les extincions", art 6.1.b. La diferència respecte a la regulació anterior és evident, mentre en l'ET de 1980 l'empresari havia d'aportar, des del primer moment, un llistat amb el nom i cognom dels treballadors afectats, amb l'actual regulació l'empresari només està obligat a presentar, entre altres coses, un llistat amb el número i categoria dels treballadors afectats per l'expedient. La individualització dels treballadors acomiadats es realitzarà en un moment posterior.

Aquestes previsions repercuteixen sobre l'abast de la resolució administrativa. Com explicava alguna resolució judicial⁸⁸⁴ la clau per a determinar l'abast de la resolució fa referència als documents que l'empresari ha d'aportar i en aquest sentit, aquest no ha d'adjuntar a la sol·licitud el llistat dels afectats per l'expedient, només ha d'aportar el número i categoria d'aquests, perquè la individualització dels treballadors acomiadats es realitzarà posteriorment, segons els criteris recollits en l'acord. Segons aquestes idees, l'autoritat laboral no incorporarà a l'expedient el llistat d'afectats i no autoritzarà l'acomiadament d'uns treballadors concrets, només habilitarà l'empresari perquè acomiade un número genèric de treballadors, segons els criteris fixats anticipadament.

A diferència d'allò que ocorria anteriorment, la llista dels afectats per l'acomiadament deixa de ser un element de la resolució administrativa i passa a convertir-se en un acte empresarial que es produeix posteriorment i que està fora del control de l'autoritat laboral. Aquest fet, ens permet defensar que la jurisdicció contenciosa administrativa no sempre serà la competent per a conèixer aquestes impugnacions, perquè no pot realitzar un control posterior sobre una qüestió que no forma part de la resolució administrativa.

Així doncs, en l'actual regulació el llistat d'afectats i la individualització dels treballadors que seran acomiadats podrà realitzar-se durant les negociacions de l'expedient o en un moment posterior i aquest fet, determinarà la competència de la jurisdicció contenciosa administrativa o de la social. Aquest repartiment de competències enllaça amb allò que havien defensat algunes resolucions, en les quals insistien en la necessitat de determinar allò que forma part de la resolució, perquè aquesta és la clau per a determinar la frontera entre la jurisdicció contenciosa i la social.

Segons aquests plantejaments, la jurisdicció contenciosa administrativa serà competent per a conèixer la revisió del contingut estricte de la resolució però, no dels actes posteriors sobre la seua aplicació⁸⁸⁵. Això implica que si l'autoritat laboral ha inclòs el llistat d'afectats en l'expedient, la posterior impugnació sobre la nostra

⁸⁸³ Ar. 3002 i 5069.

⁸⁸⁴ STSJ d'Andalusia de 24 de maig de 1994, Ar 44576.

⁸⁸⁵ STSJ de la Comunitat Valenciana, 21 de juny 2005, Ar. 2131. SSTS de 17 de març de 1999, Ar 3002, 5 de juny de 1999, Ar 5069, 13 de juliol de 1999, Ar 6461, 20 de juliol de 1999, Ar 7166.

afectació haurà de realitzar-se davant els tribunals contenciosos administratius, perquè impugnem un del continguts de la resolució administrativa i estem dins de l'àmbit d'aplicació de l'art 3.1.c LLPL i art 1 LJCA. En canvi, si la individualització dels afectats es produeix amb posterioritat a la resolució administrativa, la impugnació sobre la nostra afectació per l'expedient haurà de produir-se davant la jurisdicció social⁸⁸⁶.

L'atribució de competències a l'ordre contencios administratiu en els termes expressats anteriorment troba la seua raó de ser no en el fet que aquestes controvèrsies deixen de ser un problema essencialment social, sinó perquè si ha existit una resolució administrativa que s'ha pronunciat sobre aquestes qüestions, qualsevol impugnació de l'acte empresarial emparat en la resolució implica, si no formalment si materialment, una impugnació de la resolució administrativa⁸⁸⁷.

Els canvis legislatius apuntats anteriorment a conseqüència de la reforma de 1994 i els arguments exposats anteriorment, propiciaren un canvi dins de la jurisprudència. El canvi es va iniciar amb les sentències del TS de 17 de març i 5 de juny de 1999⁸⁸⁸, en elles el TS considera que quan el llistat d'afectats no forma part de la resolució administrativa, la competència per a conèixer aquestes controvèrsies correspon a l'ordre social. Segons explica la STS, 26 d'abril de 2002⁸⁸⁹ a efectes de determinar la jurisdicció competent cal diferenciar la resolució administrativa i l'acte empresarial executiu d'afectació individual de l'acomiadament col·lectiu⁸⁹⁰.

⁸⁸⁶ MERCADER UGUINA, JR, "La delimitación de competencias entre el orden social de la jurisdicción y el orden contencioso administrativo tras la nueva LJCA", Cuadernos de Derecho judicial, CGPJ, 1999, pàg. 358.

⁸⁸⁷ STS, 21 de juny de 1994, Ar 5463. STSJ Catalunya de 16 de juny de 1997, Ar 2695. STSJ de Madrid, de 4 novembre de 1997, Ar 3760. La relació de treballadors afectats per l'expedient de regulació d'ocupació va ser acordada a través d'un pacte entre els representants dels treballadors i l'empresa a través del qual determinaren els treballadors afectats, aquest pacte va ser homologat amb la resolució administrativa per tant, aquesta relació de treballadors forma part substantiva de la resolució i l'ordre contencios és el competent per a conèixer aquest procés. STSJ de Madrid, 11 març de 1998, Ar 1188. Malgrat que és cert que és l'empresa aquella que adopta la decisió d'introduir el nom de l'actor en el llistat d'afectats per l'expedient que tramitarà davant l'autoritat laboral, també és cert que aquell acte empresarial no és decisorí perquè ha de sotmetre's a la decisió que sobre això adopte un òrgan administratiu. Per tant, aquell acte només es pot atacar davant la jurisdicció administrativa perquè estem fent un atac frontal contra una actuació administrativa.

⁸⁸⁸ Ar. 3002 i 5069.

⁸⁸⁹ Ar. 6504. El TS considera que la individualització dels llocs de treball que han de ser objecte d'acomiadament constitueix una de les opcions a la qual pot acollir-se l'empresa i acceptar l'autoritat laboral en aprovar l'expedient, perquè entén que està en relació amb la consecució dels fins de viabilitat buscats a través de l'expedient. Si aquesta individualització n'ha d'afectar uns i no a altres ha de discutir-se en la jurisdicció contenciosa. En cas que no es considere necessària la individualització dels llocs de treball afectats, les qüestions relatives a la concreta determinació dels treballadors objecte d'acomiadament ha de ser objecte de discussió davant l'ordre social.

⁸⁹⁰ STSJ de la Comunitat Valenciana de 21 de juny de 2002, Ar 2131: la resolució administrativa no extingeix els contractes, simplement habilita l'empresari per a extingir-los. El caràcter declaratiu de la resolució permet afirmar que la resolució no implica una modificació de la relació laboral i cal un acte empresarial posterior. STSJ de Balears de 27 de maig de 2003, Ar 2635. Cal diferenciar quan la resolució inclou el llistat d'afectats i quan no. L'atribució de competències és diferent en un supòsit i en un altre, perquè mentre en el primer supòsit la impugnació de la relació de treballadors correspon a la jurisdicció contenciosa perquè forma part de la resolució, al segon supòsit com es difereix la determinació de treballadors a una decisió de l'empresa, aquesta decisió podrà ser impugnada davant la jurisdicció laboral. STSJ de Castella i Lleó, 16 de febrer de 2005, Ar 597: Totes les matèries sobre les quals s'ha pronunciat l'autoritat laboral corresponen a l'ordre contencios mentre corresponen amb caràcter residual a l'ordre social aquelles altres sobre les quals no s'ha pronunciat l'autoritat laboral. STSJ de Madrid, 30 març de 2004, Ar 2284.

Els plantejaments recollits en aquesta sentència confirmen les idees expressades fins aleshores en relació amb el repartiment de competències entre els diferents ordres jurisdiccionals. Segons aquesta resolució, quan la resolució només homologa l'acord amb els criteris però no recull la determinació de persones afectades, la jurisdicció competent per a conèixer dels concrets treballadors afectats serà la jurisdicció socials.

Ha de ser així, perquè la resolució no autoritza l'acomiadament de persones concretes, sinó un número genèric de persones, la selecció de persones es produeix després de la resolució i fora del control de l'autoritat laboral. Com manté alguna resolució judicial "la resolució es limita a autoritzar una extinció col·lectiva sense que existesca un examen per part de l'Administració de la concurrència de les causes que permeten vincular-les a la determinació individual dels afectats que es realitza amb posterioritat",⁸⁹¹.

Sembla lògic, perquè en aquests supòsits no qüestionem la decisió de l'autoritat laboral d'autoritzar l'extinció d'un número de contractes, ni es pretén evitar que la resolució es duga a terme, allò que es vol impugnar és la inclusió d'un treballador en un llistat presentat a posteriori de la resolució. Tenint en compte l'objecte de la impugnació, la competència la tindrà l'ordre social i el mateix ocorrerà quan impugnem la nostra inclusió en el llistat perquè la decisió empresarial no s'acomoda als criteris pactats amb els representants dels treballadors.

Però a més dels arguments exposats fins aleshores, el TS n'aporta un més per a defensar la competència de l'ordre social. El TS considera que "a més de les raons de llei ordinària, cal afegir raons d'abast constitucional, ja que els treballadors només tenen coneixement que l'expedient els afecta a ells quan reben la comunicació de l'empresa i per tant, només poden instar la tutela judicial, art 24 CE, impugnant aquella decisió empresarial perquè no tenen legitimitat per a impugnar la resolució administrativa que desconeixen si els pot afectar o no",⁸⁹²

D'acord amb aquestes idees, la distribució de competències entre els diferents ordres jurisdiccionals quedaria de la següent forma: si allò que impugnem és la nostra inclusió en un llistat d'afectats per l'expedient que ha estat negociat durant les consultes i inclòs en la resolució, qualsevol impugnació sobre la nostra inclusió o exclusió haurà de realitzar-se davant la jurisdicció social. En canvi, si el llistat d'afectats s'ha produït després de la resolució i d'acord amb els criteris autoritzats, la impugnació es realitzarà davant la jurisdicció social. En darrer lloc, quan allò que impugnem són els criteris de selecció, perquè són abusius, discriminatoris o antisindicals la seua impugnació haurà de realitzar-se davant la jurisdicció contenciosa, perquè aquests han estat incorporats a la resolució.

Després d'aquest breu anàlisi, podem extreure algunes conclusions: primerament destacaria com de complicat és donar un tractament unitari de les impugnacions en el procediment de regulació d'ocupació, unes dificultats que esdevenen evidents en relació amb la impugnació de la selecció dels treballadors afectats. Bona part dels problemes relacionats amb les impugnacions deriven de la intervenció de l'Administració en el procediment però també, de la falta de criteris legals objectius i coherents entre ells. De

⁸⁹¹ En un mateix sentit: STS, 5 octubre de 1999. Ar 7544. STS 15 de juliol de 1999. Ar 5794.

⁸⁹² STS 15 de juliol de 1999. Ar 5794

fet, han sigut els tribunals els que han hagut de repartir les competències entre l'ordre contenciós i el social i solucionar els conflictes que s'han originat⁸⁹³.

2.4) LES RECLAMACIONS PER ACOMIADAMENT:

En relació amb les reclamacions per acomiadament realitzades a conseqüència de l'expedient, els tribunals laborals declaren la seua incompetència per a entrar a valorar aquestes controvèrsies. Malgrat que aquestes reclamacions fan referència a un conflicte entre l'empresari i el treballador, com la decisió de l'empresari es troba emparada en la resolució administrativa, la impugnació d'aquesta decisió implica una revisió o una impugnació indirecta de la resolució administrativa, amb la qual cosa aquestes controvèrsies han de ser conegudes per la jurisdicció contenciosa administrativa⁸⁹⁴.

Segons argumenten aquestes resolucions, correspon a l'autoritat laboral precisar els contractes de treball afectats, perquè la revisió de l'acomiadament a través de la jurisdicció social implicaria un nou examen de les extincions contractuals que es troben sotmeses a les vies d'impugnació dels actes administratius i inclús de la causa que va justificar l'expedient⁸⁹⁵. Segons recull alguna resolució judicial, "quan l'empresa comunica als treballadors el seu cessament a l'empresa perquè ha estat autoritzat per l'autoritat laboral, la jurisdicció social només pot examinar si aquella resolució existeix i si té el caràcter executiu necessari per a poder produir el cessament. Qualsevol altre anàlisis sobre si la resolució s'adequa a Dret ha de realitzar-se de forma cautelosa i en termes restringiu, perquè és competència de l'ordre contenciós administratiu⁸⁹⁶".

Per altra banda, sembla que la valoració de l'acomiadament implica una revisió de la legalitat de les resolucions i l'art 3.1.c LLPL exclou de l'àmbit de coneixement de la jurisdicció social les pretensions que tracten d'impugnar "els actes de les administracions subjectes a Dret Administratiu en matèria laboral". D'acord amb aquestes idees, mentre es trobe vigent una resolució administrativa que habilita el cessament, no pot ser viable una acció per l'acomiadament, perquè la jurisdicció social no pot deixar sense efecte l'autorització. Només en el cas que la jurisdicció contenciosa

⁸⁹³ En un mateix sentit: OLMEDA FREIRE, G.B, "Algunos efectos perversos de la intervención administrativa en los despidos colectivos. La revisión judicial de la selección de los trabajadores afectados por el expediente, una mención especial", op.cit, pàg. 766. Segons explica les difícils relacions entre l'ordre social i el contenciós s'expliquen per la falta de criteris d'ordenació racional dels seus respectius àmbits però aquesta absència només s'explica des de la falta de voluntat del legislador a l'hora d'introduir claredat i precisió en el mapa de repartiment de competències. No ha hagut voluntat política d'instrumentar solucions.

⁸⁹⁴ ASTSJ Catalunya, 4 setembre de 1994, Ar 3627. 12 març de 1998, Ar 1838. STSJ Canàries de 22 de setembre de 1998, Ar 4248. STSJ d'Aragó, 13 de juliol de 1994, Ar 2974. STSJ d'Andalusia de 24 de maig de 1994, Ar 2155. STSJ Astúries, 14 de maig de 1999, Ar 1444: L'acció exercida està abocada al fracàs perquè la decisió d'acomiar-lo s'adequa a la causa que defineix l'expedient i amb l'acord. STSJ Galícia, de 14 de juny de 2000, Ar 1720: l'autoritat laboral va autoritzar les extincions per tant, l'extinció s'ha produït per resolució administrativa i qualsevol que siga l'argumentació utilitzada per tal de combatre l'acomiadament, tant si es refereix a la seua justificació jurídica com a la inclusió dels treballadors en l'expedient, haurem de reconduir-la a través de la jurisdicció contenciosa administrativa.

⁸⁹⁵ STSJ d'Aragó de 13 juliol de 1994, Ar 2974.

⁸⁹⁶ STSJ de Cantàbria, 4 de juliol de 2004, Ar 2984. Sentència de Sala de conflictes del TS, 26 de desembre de 1988 i Auto de la mateixa sala de 8 de març de 1991.

revoqués aquella resolució, el treballador podria exercir l'acció contra l'acomiadament, si l'empresa no el readmet⁸⁹⁷.

3) EL PROCEDIMENT DAVANT LA JURISDICCIO CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA: EL RECURS CONTENCIÓS:

Una vegada hem delimitat les matèries sobre les quals serà competent la jurisdicció contenciosa administrativa, cal analitzar el mitjà d'impugnació que caldrà utilitzar. Malgrat que pot ser convenient realitzar un anàlisi detallat de les diferents fases del procediment, aquest tipus d'estudi excedeix l'objecte d'aquest treball i per tant, em centraré més en les conseqüències que la sentència de l'òrgan judicial tindrà sobre la resolució administrativa que sobre les diferents fases del procediment.

Una vegada finalitzada la via administrativa podrem acudir davant els tribunals contenciosos administratius. Si la resolució ha estat impugnada en via administrativa serà la resolució del recurs d'alçada allò que posa fi a la via administrativa i ens permetrà acudir a la via contenciosa, art 109 Llei 30/1992, modificada per la Llei 4/1999 en relació amb el tema de recursos. En canvi, si la resolució no ha estat impugnada, una vegada ha passat el termini per a poder fer-ho en via administrativa sense que interposem el corresponent recurs, podrem impugnar-la davant la jurisdicció contenciosa administrativa.

En qualsevol cas, tant en un cas com en l'altre, la via adequada per a impugnar algunes de les matèries comentades anteriorment serà la jurisdicció contenciosa administrativa, perquè com reconeix l'art 1 de la LLJCA i l'art 3.1.c LLPL els jutjats i tribunals de l'ordre contenciós administratiu seran competents per a conèixer les pretensions que es dedueixen en relació amb l'actuació de les Administracions Públiques subjectes a Dret Administratiu. El recurs que caldrà utilitzar serà el contenciós, perquè allò que pretenem impugnar és un acte exprés o presumpte de l'Administració que posa fi a la via administrativa, art 25 LLJCA.

Els interessats comptaran amb un termini de dos mesos per tal d'interposar el recurs o de sis quan l'acte que finalitza la via administrativa és presumpte. Aquest termini el començarem a computar a partir de la notificació o publicació de l'acte exprés o a partir del moment en què l'acte presumpte produeix efectes, art 19 i 46 LLJCA.

El recurs contenciós administratiu s'iniciarà a través d'un escrit d'interposició, en el qual citarem l'acte que impugnem i sol·licitarem que tinguem per interposat el recurs i alhora aportarem la documentació necessària. Una vegada examinat d'ofici l'escrit i la documentació per l'òrgan judicial, aquest podrà acordar que anuncien la interposició del recurs. Alhora requerirà l'Administració perquè li remeta l'expedient administratiu i emplace les parts interessades.

⁸⁹⁷ STSJ Balears, 4 de juny de 1998, Ar 2510.STSJ de Catalunya, 3 abril de 1997. Ar. 2003. És possible afirmar que l'extinció contractual s'ha produït per resolució administrativa i qualsevol argumentació que utilitzem per a combatre-la, tant si es refereix a la justificació jurídica com a la inclusió dels afectats haurà de resoldre's davant la jurisdicció contenciosa.

Una vegada l'òrgan judicial té l'expedient, valorarà l'admissibilitat del recurs contenciós administratiu. Si aquest és finalment admès, traslladarà l'expedient als recurrents perquè puguin preparar la demanda i una vegada presentada aquesta, es traslladarà a la part demandada. A partir d'aquest moment, s'obrirà la fase d'al·legacions prèvies i la pràctica de les proves i en darrer lloc, les parts podran demanar que se cèlebre la vista, que es presenten conclusions o que concloga el plet i es dicte sentència.

La sentència serà la forma habitual de finalitzar el procés. L'òrgan judicial comptarà amb un termini de deu dies per a dictar-la i a través d'ella haurà de resoldre totes les controvèrsies plantejades en el procés: sobre la inadmissibilitat del recurs, la seua estimació o la seua desestimació.

L'òrgan judicial podrà pronunciar-se en la sentència en tres sentits: podrà declarar la *inadmissibilitat* del recurs contenciós administratiu per falta de jurisdicció, falta de legitimitat, perquè la resolució objecte de recurs no pot ser impugnada o per estar fora de termini. Podrà *desestimar* el recurs quan l'acte administratiu no s'ajuste a Dret, art 70.1 LLJCA, o podrà *estimar* el recurs contenciós administratiu, quan l'acte que impugnem comporte qualsevol impugnació de l'ordenament jurídic. Com podem imaginar, aquests pronunciaments repercutiran evidentment no només en la resolució administrativa, sinó en les decisions adoptades en base a ella.

Si l'òrgan judicial entén que concorre alguna de les causes previstes en l'art 69 o en l'art 70.1 LLJCA procedirà, segons els casos, a declarar en la sentència la inadmissibilitat del recurs o a desestimar-lo. Les conseqüències que es derivaran d'aquesta decisió sobre l'expedient sembla que són clares: la sentència confirmarà la validesa de la resolució administrativa que habilita l'empresari per tal de dur endavant el seu projecte d'acomiadament. De tal forma, que si allò que havíem impugnat era la resolució, totes les mesures adoptades al seu emparament continuaran tenint validesa i la resolució continuarà desplegant els seues efectes. Per altra banda, si allò que impugnàvem era la nostra afectació per un expedient de regulació, la nostra inclusió en el llistat d'afectats serà vàlida. Per tant, les coses es mantindran com estaven abans d'impugnar.

En canvi, si la sentència estima el recurs, les conseqüències poden ser més complexes. En aquests supòsits, l'òrgan judicial pot emetre quatre tipus de pronunciament: podrà declarar que la resolució administrativa no és conforme a Dret i declarar la nul·litat total o parcial de l'acte i ordenarà que es modifiqui l'actuació que hem impugnat, art 71.1.a LLJCA. En segon lloc, si han sol·licitat el reconeixement i restabliment d'una situació jurídica individualitzada, la reconeixerà, art 71.1.b LLJCA. En tercer lloc, quan la mesura consistesca en l'emissió d'un acte, la sentència podrà establir el termini per dur-lo a terme. I en quart lloc, si estimés una pretensió de rescabalar danys i perjudicis, es declararà el dret a la reparació.

4) CONSEQÜÈNCIES DE LA SENTÈNCIA DICTADA EN VIA CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA SOBRE LA RESOLUCIÓ ADMINISTRATIVA QUE HOMOLOGA L'ACORD:

Aquests pronunciaments implicaran un replantejament de la situació produïda a conseqüència de la resolució i es generaran conseqüències importants. Si l'objecte de la nostra impugnació era la resolució i la sentència entén que aquesta no és conforme a Dret, es produirà l'anul·lació total o parcial de la resolució que habilitava l'empresari a extingir un número de contractes i hauran de modificar les actuacions realitzades fins aquell moment.

Si no s'han produït els acomiadaments, l'empresari no podrà realitzar-los perquè de fer-ho hauríem d'entendre que s'ha produït sense la corresponent resolució administrativa. En aquestes circumstàncies, els acomiadaments hauran de declarar-se nuls amb les conseqüències que es deriven d'aquesta situació: readmissió del treballador amb abonament dels salaris que no ha percebut, art 124 i 113 LLPL.

Si els acomiadaments ja s'han produït, es poden produir alguns dubtes a l'hora de qualificar les extincions ja produïdes. En principi, la sentència dictada en el procediment contenciós administratiu anul·larà la resolució administrativa i ordenarà que cessin o modifiquen les actuacions realitzades fins aleshores però els acomiadaments ja produïts hauran de considerar-se nuls? En principi no podem atribuir-los aquesta qualificació, perquè la resolució administrativa és presumeix vàlida, produeix efectes des del moment en què es dicta i per tant és immediatament executiva, art 15 RD 43/1996, amb la qual cosa l'empresari comptava amb una habilitació per tal d'extingir els contractes.

Tanmateix, quan diem que la resolució és immediatament executiva volem dir que l'empresari pot dur a terme els actes autoritzats per la resolució però això no significa que aquests actes siguin definitius i plenament vàlids i eficaços, perquè la resolució pot ser recorreguda en via administrativa i en la contenciosa administrativa i pot ser anul·lada. En qualsevol cas, hem d'entendre que en aquell moment l'empresari comptava amb una habilitació per poder acomiadar els treballadors i per tant, les extincions es realitzaren emparant-se en una resolució administrativa que fins aquell moment era vàlida i produïa efectes, amb la qual cosa no ens trobaríem en el supòsit de l'art 124 LLPL.

Certament, els acomiadaments no podran ser declarats nuls per la via de l'art 124 LLPL però podem qualificar-los com a improcedents, si l'empresari no readmet els treballadors? Segons recull alguna resolució judicial⁸⁹⁸, si l'autorització és anul·lada per una decisió posterior, el treballador tindrà dret a reincorporar-se al seu lloc de treball, perquè de no fer-ho haurem d'entendre que l'empresari s'ha negat a donar-li ocupació. Davant aquestes circumstàncies el treballador podrà exercir una acció per acomiadament davant la jurisdicció social i serà aquest ordre el que declare la procedència o no de l'acomiadament.

⁸⁹⁸ STS 30 novembre de 1998, Ar. 10045.

Ara bé, l'anul·lació de la resolució no converteix automàticament els acomiadaments en improcedents perquè existia una habilitació vàlida i *executiva* i malgrat que aquesta resolució ha estat anul·lada, la sentència que ho ha fet pot que no siga ferma⁸⁹⁹. Això significa que no sempre que anul·len la resolució en via administrativa o contenciosa administrativa naix automàticament l'obligació de readmetre els treballadors a l'empresa. Això és així per diferents motius:

En primer lloc, perquè la resolució administrativa és immediatament executiva i aquest efecte no es limita ni es condiona per la interposició d'un recurs en via administrativa o en via judicial, conseqüentment la falta de fermesa de la resolució no implica la nul·litat dels acomiadaments produïts. Podríem dir inclús, que el manteniment de les conseqüències de la resolució no impliquen un acomiadament il·lícit, almenys automàticament.

En segon lloc, perquè la sentència que ha anul·lat la resolució possiblement no serà ferma i podrà ser impugnada i inclús posteriorment, l'òrgan judicial podrà pronunciar-se en un sentit diferent. De tal forma, que fins que tinguem una resolució judicial ferma ens podem trobar amb una situació complicada: una resolució administrativa que fa possible els acomiadaments, una possible impugnació en via contenciosa administrativa que l'anul·la i un recurs contra aquesta sentència que la podrà confirmar o no i tot això, sense oblidar que mentre no tinguem una resolució judicial ferma la resolució continua sent executiva.

Aquest és precisament un dels defectes que acompanya el nostre sistema d'intervenció administrativa que no ha estat solucionat i que com veiem ha provocat més d'un problema. És per això que a l'hora de resoldre aquestes situacions caldrà diferenciar diferents supòsits: si la sentència que anul·la la resolució no és ferma o sí que és ferma. Començarem pel primer supòsit.

Si la sentència dictada en via contenciosa administrativa no és ferma, perquè contra ella han interposat el corresponent recurs, la resolució administrativa continua sent executiva perquè defensar el contrari significaria atribuir una "executivitat provisional automàtica" a la sentència de l'òrgan contenciós administratiu i això no és exactament així. En aquest darrer cas, el treballador no pot exigir la seua readmissió ni impugnar la negativa de l'empresari davant la jurisdicció social, perquè com sabem mentre existisca una resolució en vigència no pot ser viable una acció per acomiadament, ja que la jurisdicció social no pot deixar sense efecte l'autorització. Només en el cas que la jurisdicció contenciosa revoqués aquella resolució, el treballador podria exercir l'acció contra l'acomiadament, si l'empresa no el readmet⁹⁰⁰.

Com podem intuir, des que es dicta la resolució i s'executen els acomiadaments fins que la resolució és anul·lada per una sentència ferma en via contenciosa

⁸⁹⁹ STSJ de Castella i lleó, 24 de juliol de 2001, Ar 2232.

⁹⁰⁰ STSJ Balears, 4 de juny de 1998, Ar 2510. STSJ de Catalunya, 3 abril de 1997, Ar. 2003. És possible afirmar que l'extinció contractual s'ha produït per resolució administrativa i qualsevol argumentació que utilitzem per a combatre-la, tant si es refereix a la justificació jurídica com a la inclusió dels afectats haurà de resoldre's davant la jurisdicció contenciosa. STSJ de Canàries, 22 setembre de 1997, Ar 3490. Mentre no siga ferma la sentència que anul·la l'autorització, l'ordre social no té competències per a decidir sobre l'existència d'un acomiadament.

administrativa pot passar molt de temps⁹⁰¹. Aquesta circumstància pot dificultar la reincorporació dels treballadors o inclús fer-la impossible, amb la qual cosa els treballadors patirien un perjudici difícil de reparar. Per tal d'evitar la impossibilitat de readmetre els treballadors i evitar problemes quan la resolució administrativa és posteriorment anul·lada, els treballadors podrien anticipar-se i reaccionar de dues formes:

En primer lloc, en via administrativa podran sol·licitar la suspensió de l'execució de l'acte impugnat, és a dir, de la resolució administrativa, art 111.1 Llei 30/1992. En aquestes circumstàncies, al·legarien que l'execució de la resolució pot provocar uns efectes de difícil reparació i per tant, és convenient suspendre l'execució de la resolució ja que la posterior revocació d'aquesta pot provocar la impossibilitat o la dificultat de reincorporar els treballadors a l'empresa.

En segon lloc, una vegada han impugnat la resolució en via contenciosa administrativa, els treballadors podran sol·licitar l'execució provisional de la sentència art 84.1 LLJCA. Si aquest efecte ha estat autoritzat, la negativa de l'empresari a readmetre els treballadors podrà ser impugnada davant la jurisdicció social. La mateixa conseqüència es derivarà quan la resolució administrativa siga anul·lada per una sentència ferma.

En darrer lloc, si la sentència dictada en via contenciosa administrativa esdevé ferma, aquesta anul·larà la resolució i aquesta deixarà de ser executiva. En aquest moment naix l'obligació empresarial de readmetre el treballador i si no ho fa, el treballador podrà reclamar davant la jurisdicció social perquè aquesta es pronuncie sobre l'existència d'un acomiadament⁹⁰². Aquesta és una conseqüència evident, perquè una vegada han anul·lat la resolució aquesta deixa de produir efectes i a més, els ja produïts no tenen suport vàlid perquè la resolució en la qual s'emparava ha deixat de fer-ho, és per això que aquells efectes ja produïts i aquells actes realitzats han de ser corregits⁹⁰³.

5) ANUL·LACIÓ DE LA RESOLUCIÓ ADMINISTRATIVA EN VIA CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA I ACCIONS PER ACOMIADAMENT:

5.1) DECLARACIÓ DELS TRIBUNALS LABORALS SOBRE ELS ACOMIADAMENTS: PROCEDÈNCIA, IMPROCEDÈNCIA O NUL·LITAT:

Una vegada anul·lada la resolució administrativa i el corresponent expedient a través d'una sentència ferma "s'imposa la reanudació del vincle contractual amb totes

⁹⁰¹ BADIOLA SÁNCHEZ, AMª, "La nulidad de la extinción del contrato de trabajo", op.cit, pàg. 497. Aquesta autora exposa que aquesta situació pot generar molts problemes, perquè pot passar molt de temps des que emeten la resolució fins que és anul·lada. En aquests supòsits, es pot produir la impossibilitat de readmetre els treballadors si l'empresa ha tancat definitivament l'empresa o simplement es pot produir la impossibilitat de readmetre'ls per les dificultats d'adaptar a la realitat del moment en què es revoca l'autorització, el deure de readmetre els treballadors. En aquests supòsits, hauríem d'acudir a la regla excepcional prevista en l'art 284 LLPL i instar un nou expedient.

⁹⁰² STSJ de Catalunya de 22 de març de 2002, Ar 141642.

⁹⁰³ STSJ Catalunya de 4 de juny de 1994, Ar 2545 i 31 maig de 2002, Ar 2325.

les conseqüències: reposició dels treballadors en la seua activitat i l'abonament dels salaris vinculats a la rehabilitació del contracte de treball, amb independència que l'empresa inste un nou expedient"⁹⁰⁴. Però a més, la readmissió haurà de produir-se en les mateixes condicions que regien amb anterioritat a l'acomiadament.

Segons explica el TS⁹⁰⁵, “després de l'anul·lació de la resolució, la relació laboral del treballador és la mateixa, allò que ha passat és que de forma provisional s'ha produït una extinció del contracte però una vegada han anul·lada aquella extinció no naix un nou vincle contractual, sinó que es restableix l'inicial i per tant la vigència del contracte”. La nul·litat de l'autorització ha de comportar automàticament el restabliment de la relació contractual indegudament extingida. Així doncs, haurem de considerar que el contracte no s'ha extingit en cap moment⁹⁰⁶.

Si una vegada anul·lada la resolució no es produeix la readmissió del treballador, aquest podrà reclamar i exercir en el termini de 20 dies una acció per acomiadament, art 59.3ET, però ara davant la jurisdicció social⁹⁰⁷. A partir de la data de notificació de la sentència que anul·la la resolució administrativa s'inicia el “dies a quo” per a exercir l'acció per acomiadament. Algunes resolucions judicials⁹⁰⁸ mantenen que “una vegada anul·lada la resolució cessa la seua immediata executivitat i a partir de la seua notificació, el treballador pot i està obligat a exercir l'acció per acomiadament, perquè és notori que l'empresa no vol proporcionar-li treball”.

El procediment a través del qual haurem de reconduir la nostra reclamació serà el de la modalitat processal prevista per als acomiadaments disciplinaris, art 103 LLPL. Com reconeix la doctrina judicial⁹⁰⁹, a través d'aquesta modalitat processal no només impugnarem els acomiadaments disciplinaris, sinó també podrem discutir judicialment altres “extincions” no fonamentades en causes disciplinaries quan el treballador discrepa del cessament decidit per l'empresari. Aquesta doctrina judicial adopta un concepte ampli del concepte d'acomiadament i l'identifica no només amb els acomiadaments disciplinaris, sinó amb tota extinció contractual decidida unilateralment per l'empresari.

Per altra banda, la secció 1^a anomenada “acomiadament disciplinari” està inclosa en el capítol II de la LPL que té com a rúbrica “dels acomiadaments i sancions”. Sembla per tant, que aquest capítol no està pensat només per a impugnar els acomiadaments basats en incompliments greus i culpables del treballador, sinó que serà la via més pertinent per a impugnar altres cessaments decidits unilateralment per l'empresari.

⁹⁰⁴ STS de 9 de març de 2005, Ar 3865.

⁹⁰⁵ STS, 17 gener de 2002, Ar 3756.

⁹⁰⁶ STSJ de Catalunya, de 7 octubre de 2004, Ar. 3217.

⁹⁰⁷ BADIOLA SÁNCHEZ, AM^a, “La nulidad de la extinción del contrato de trabajo”, op.cit, pàg. 496. Considera que quan la resolució és anul·lada per una sentència ferma i l'empresari no procedeix a readmetre els treballadors, aquests podran invocar l'aplicació de l'art 124 LLPL. En aquests supòsits no es tracta estrictament d'un supòsit de nul·litat comparable als supòsits típics de l'art 124, perquè quan l'empresari va extingir els contractes tenia una resolució administrativa però en quedar anul·lada, el treballador podrà invocar el dret a ser readmès, art 124 LLPL, amb les conseqüències previstes art 113 LLPL.

⁹⁰⁸ STSJ de Galícia de 18 de juny de 1998, Ar 1917.

⁹⁰⁹ STS de 29 desembre de 1992, Ar. 10378, STS de 27 juliol de 1993, Ar. 5992, STS, de 23 octubre de 1993, Ar. 8060, 29 novembre de 1993, Ar. 9091, STS de 2 març de 1994, Ar. 2046, STS de 29 juliol de 1994, Ar. 6688, STS de 23 de desembre de 1996, Ar. 9839.

No analitzaré amb detall el procediment, només diré que aquest s'iniciarà a través de la demanda del treballador que haurà de reunir tots els requisits generals, art 80 LLPL, i a més els requisits específics previstos en l'art 104 LLPL. Les dades exigides en l'art 104 LLPL fan referència a les següents circumstàncies: condicions de treball anteriors a l'acomiadament, circumstàncies en les quals es va produir l'acomiadament, si el treballador era representant dels treballadors o si el treballador estava afiliat a un sindicat. Aquestes dades seran importants a l'hora de pronunciar-se el tribunal.

A partir d'aquest moment, l'òrgan judicial fixarà dia i hora per a celebrar l'acte de conciliació i judici, art 82.1 LLPL, una vegada s'ha intentat la conciliació sense avenença es passarà al judici i tot seguit el demandant ratificarà la demanda i es succeiran les fases processals habituals, amb les especialitats previstes per a aquesta modalitat processal: al·legacions, pràctica de la prova i fase de conclusions, art 105 LLPL. Finalment, el tribunal dictarà una sentència en la qual declararà l'acomiadament: procedent, nul o improcedent, art 108 i 110 LLPL:

Si l'acomiadament es declarat procedent, entendrem convalidada l'extinció, el treballador no tindrà dret a cap indemnització ni als salaris de tràmit però, sí que tindrà dret a les quanties que li puguin deure per altres conceptes anteriors a la data de l'acomiadament⁹¹⁰. Si l'acomiadament és nul, l'empresari haurà de readmetre el treballador immediatament i li haurà d'abonar els salaris que ha deixat de percebre. A més, la sentència s'executarà de forma provisional en els termes establerts en l'art 295 LLPL.

En darrer lloc, si l'acomiadament és improcedent l'empresari haurà de triar, en el termini de 5 dies, entre readmetre el treballador o abonar-li la indemnització de 45 dies de salari per any de servei i haurà de descomptar-li la indemnització que va rebre a causa de l'expedient, art 103 LLPL. La condemna inclourà també l'obligació d'abonar els salaris de tràmit, amb les limitacions recollides en l'art 56 ET. En el supòsit que el treballador fos un representant legal dels treballadors l'opció l'exercirà ell.

En cas de readmissió, l'empresari, en el termini de 10 dies des de la notificació de la sentència, haurà de comunicar al treballador la data de la seua reincorporació a l'empresa i la readmissió haurà de produir-se en les mateixes condicions que regien abans de l'acomiadament, art 276 LLPL. Si l'empresari no realitzés la readmissió o ho fera de forma irregular, el treballador podrà sol·licitar l'execució judicial de la sentència a través de "l'incident de no readmissió", art 277.1 LLPL.

Fins aquest moment, les coses estan mínimament clares i hem seguit les previsions recollides en l'art 103 i següents de la LLPL. Tanmateix, quan el treballador ha estat acomiadat per una autorització administrativa posteriorment anul·lada per una sentència judicial i seguidament el seu acomiadament és declarat improcedent, alguns dels efectes comentats anteriorment han de ser matisats. De moment podem dir el següent:

En primer lloc, el temps transcorregut entre el primer cessament produït per l'expedient i la declaració de nul·litat d'aquest ha de ser computat com a temps de servei

⁹¹⁰ STS, 12 abril de 1993, Ar. 2922.

a efectes de calcular la indemnització per acomiadament. En segon lloc, els salaris de tràmit només es generaran a partir de la data de notificació de la sentència que va anul·lar l'expedient. En tercer lloc, els treballadors podran demanar una indemnització pels danys ocasionats per no haver rebut cap salari fins aquell moment. En darrer lloc, caldrà coordinar les prestacions rebudes pel treballador a càrrec de la Seguretat Social i les indemnitzacions.

6) ANUL·LACIÓ DE LA RESOLUCIÓ ADMINISTRATIVA I PROBLEMES DERIVATS DE LA DECLARACIÓ JUDICIAL.

6.1) EL TEMPS DE CESSAMENT PROVISIONAL COM A TEMPS DE SERVEI:

Com s'ha comentat, en cas que l'acomiadament siga declarat improcedent, l'empresari podrà optar entre la readmissió o indemnitzar l'acomiadament. En aquest darrer supòsit, haurà d'abonar-li una indemnització de 45 dies de salari per *any de servei*, prorratejant per mesos els períodes de temps inferiors a un any fins a un màxim de 42 mensualitats, art 56.1.a ET.

La primera conclusió que hem d'extreure és doncs, que amb caràcter general sembla que la referència als 45 dies de salari recollida en l'art 56 ET actua sobre el període de serveis realment efectuats. Segons diu el TS⁹¹¹: “el càlcul dels anys de servei prestats ha de realitzar-se des del dia d'ingrés del treballador a l'empresa fins al dia de l'acomiadament i no de la sentència que el declara improcedent”. Aleshores com hem de qualificar el temps transcorregut des del primer cessament produït a través de l'expedient fins a la sentència que anul·la la resolució administrativa?

En relació amb aquesta problemàtica, els tribunals entenen que la nul·litat de la resolució administrativa comporta el restabliment de la relació laboral indègudament extingida i per tant haurem de computar el temps del cessament provisional en la prestació de serveis com a període que cal indemnitzar. Segons exposen algunes resolucions judicials⁹¹²: “una vegada han anul·lat l'extinció, cal procedir a restituir la situació, és a dir, cal tornar a la situació que gaudia el treballador abans de l'acomiadament col·lectiu i entendre que la prestació de serveis del contracte no s'ha interromput”.

La interpretació realitzada en aquests supòsits del concepte “any de servei” es desvincula de les interpretacions recollides pel TS sobre aquest concepte en relació amb altres possibles situacions. Pel que fa al temps transcorregut en excedència forçosa⁹¹³, el TS ha mantingut que aquest temps no ha de tenir-se en compte a l'hora de calcular la indemnització per acomiadament improcedent, perquè “una cosa és el dret al còmput de l'antiguitat i altra determinar allò que és “temps de servei” a l'hora de fixar el quantum

⁹¹¹ STS, 17 febrer de 1986. Ar. 772.

⁹¹² STS, 21 desembre de 2001, Ar. 4269, STS de 17 gener de 2002, Ar. 3757, STS, 26 setembre de 2005, STSJ Catalunya, 7 octubre de 2004, Ar. 3217.

⁹¹³ STS de 26 de setembre de 2001, Ar. 322 (2002). La mateixa interpretació hem de fer en relació amb l'excedència voluntària: STS, 29 abril de 1992, Ar. 2684.

de la indemnització. Si no realitzem els serveis durant el període de la excedència no podem considerar aquest com a temps de servei”⁹¹⁴.

Tanmateix, aquest plantejament és diferent en el cas que analitzem. Els tribunals han considerat que el període de temps que comprèn des que el treballador és acomiadat per l'expedient fins que l'expedient és anul·lat, ha de ser considerat com a temps de servei a efectes de la indemnització per acomiadament. Com reconeix el TS⁹¹⁵, en el cas que reconeixem el temps “d’extinció provisional” com a temps de servei, la reparació ha de produir-se directament i considerar el *temps de l’extinció anul·lada* com a *temps de servei*. A l’hora de justificar aquest argument els tribunals utilitzen dues idees⁹¹⁶:

En primer lloc, mantenen que és lògic que l’empresari suporti el cost d’aquesta mesura, perquè va ser ell el que va adoptar la iniciativa d’una extinció que ha estat declarada il·lícita per una sentència ferma i que no ha de gravar l’esfera patrimonial del treballador. En segon lloc, consideren que el terme *any de servei* que utilitza l’art 56 ET no pot interpretar-se de forma restringida i com a sinònim de “temps de treball efectiu”, perquè ni això és el que diu literalment l’article ni aquella interpretació respecta la seua finalitat, que consisteix a fixar la indemnització tenint en compte el període total de vigència de la relació laboral extingida⁹¹⁷. Si mantinguérem una tesi contrària hauríem d’excloure el temps que no forma part de la jornada, les interrupcions i les suspensions.

Així doncs, una vegada anul·lada l’autorització hem d’entendre que la relació laboral és la mateixa i allò que ha passat és que aquesta ha patit de forma *provisional* una extinció del contracte de treball però, una vegada han anul·lada la resolució administrativa judicialment i s’ha produït la reincorporació del treballador no naix un nou vincle contractual, sinó que es restableix l’inicial i per tant, la vigència del contracte. El còmput d’aquell temps de cessament provisional és conseqüència natural de la reparació que es deriva de l’anul·lació de l’acte d’extinció.

6.2) PROBLEMÀTICA SOBRE ELS SALARIS DE TRÀMIT I INDEMNITZACIONS PER DANYS I PERJUDICIS:

Tant si la sentència dictada en la jurisdicció social declara l’acomiadament improcedent com nul, l’empresari haurà d’abonar els salaris de tràmit. La suma que l’empresari ha d’abonar al treballador per aquest concepte és: una quantia igual a la suma dels salaris que no ha percebut des de la data de l’acomiadament fins a la notificació de la sentència que declara la improcedència o fins que hagués trobat altre treball, amb les limitacions recollides en l’art 56 ET i 209 LLGSS. A més a més, l’empresari haurà d’instar l’alta i la baixa del treballador i cotitzar a la Seguretat Social durant el període corresponent als salaris de tràmit, que es considerarà com d’ocupació cotitzada a tots els efectes.

⁹¹⁴ STS de 30 de juny de 1997, Ar 4950.

⁹¹⁵ STS, 21 desembre de 2001, Ar. 4269, STS de 17 gener de 2002, Ar. 3757, STS, 26 setembre de 2005.

⁹¹⁶ STS de 21 desembre de 2001, Ar 4269. STS de 17 gener de 2002, Ar 3757, STSJ Catalunya, 7 octubre de 2004, Ar. 3217, STSJ Múrcia de 26 setembre de 2005, Ar. 274811.

⁹¹⁷ STS, 17 de gener de 2002, Ar. 3757. La referència als 45 dies de salari per anys de servei no fa referència al temps de treball efectiu per tant, hem de tenir en compte el període total de vigència de la relació laboral extingida.

En relació amb aquesta problemàtica, el primer que cal dir és que tradicionalment es va defensar que en aquests supòsits els treballadors no podien gaudir d'ells, perquè així ho preveia l'art 19.2 del RD 696/1980. Segons explicaven algunes resolucions judicials⁹¹⁸, la declaració de improcedència no anava acompanyada de totes les conseqüències típiques d'un acomiadament improcedent. De fet, l'antic art 19 del RD 696/1980 preveia que quan els treballadors impugnaven en via contenciosa no procedia l'abonament dels salaris de tràmit.

Els òrgans judicials⁹¹⁹ justificaven aquesta situació al·legant que tampoc en el règim comú de l'acomiadament es produeix una reconstrucció automàtica de la situació anterior al cessament. Segons explicava el TS, calia tenir present les dificultats que existeixen a l'hora de reconstruir plenament cap al passat la situació afectada per les mesures d'extinció. De tal forma, que la restitució esdevé "impossible in natura" de forma plena i recíproca i això obliga a restituir aquella situació a través de la indemnització evitant situacions d'enriquiment injust.

Tanmateix, aquella previsió legal ha desaparegut del RD 43/1996 i l'art 51 ET tampoc recull cap limitació sobre aquestes qüestions. Amb l'actual regulació allò més raonable és entendre que caldrà abonar els salaris de tràmit, entre altres coses perquè si s'ha produït un acomiadament improcedent suposem que el treballador havia d'haver prestat els seus serveis però, aquest no ho ha pogut fer i s'han generat els salaris de tràmit, uns salaris que poden tenir una naturalesa indemnitzatòria de l'acomiadament⁹²⁰. Per altra banda, negar aquesta possibilitat implicaria enervar els efectes de l'acomiadament.

Però a partir de quin moment es generaran els salaris de tràmit? Des del moment en què el treballador és acomiadat per l'expedient fins que anul·len la resolució en via contenciosa o des de la data de notificació de la sentència que anul·la l'autorització? Doncs, el TS⁹²¹ diferencia aquests dos períodes i extreu conseqüències ben diferents respecte als salaris de tràmit però allò que fa sobretot és aclarir els efectes i l'abast que té l'anul·lació de la resolució administrativa sobre els contractes, els salaris de tràmit i les prestacions de la Seguretat Social gaudides fins aquells moments pels treballadors acomiadats.

6.2.1) PRIMER PERÍODE DE TEMPS: DES QUE EL TREBALLADOR ÉS ACOMIADAT PER L'EXPEDIENT FINS QUE LA RESOLUCIÓ ÉS ANUL·LADA EN VIA JUDICIAL:

Si la resolució és anul·lada, el treballador haurà d'incorporar-se al seu lloc de treball o abonar-li la indemnització de 45 dies. Però a diferència d'allò que ocorre amb els acomiadaments improcedents, en aquest cas no tindrà dret als salaris de tràmit. Així és, respecte al període de temps que comprèn des que el treballador és acomiadat per l'expedient fins que anul·len la resolució en via contenciosa, no procedeix abonar salaris de tràmit en sentit estricte com a efecte automàtic de l'acomiadament, perquè es

⁹¹⁸ STS, 30 novembre de 1998, Ar 10045 i STSJ de Castella i Lleó de 24 de juliol de 2001, Ar 2332.

⁹¹⁹ STS, 30 novembre de 1998, Ar 10045.

⁹²⁰ Algunes resolucions del TS atribueixen naturalesa indemnitzatòria als salaris de tràmit: SSTS, 2 desembre de 1992, Ar10150, 14 març de 1995, Ar, 2010, 10 juliol de 2002, Ar 7175. En contra STS, de 7 de juliol de 1994, Ar 635 que s'inclinaren per la naturalesa salarial dels salaris de tràmit.

⁹²¹ STS, 21 de desembre de 2001, Ar 4269, 17 gener de 2002, Ar. 3757.

produiria un enriquiment sense causa, ja que no van treballar i a més, van rebre les corresponents prestacions per desocupació i la indemnització⁹²².

Segons expliquen algunes resolucions judicials⁹²³, aquesta situació és lògica perquè tampoc l'art 56 ET produeix una restitució automàtica de la situació anterior al cessament. Tant és així, que aquest precepte permet descomptar dels salaris deixats de percebre allò percebut en un treball posterior a l'acomiadament. Els òrgans judicials mantenen que aquesta és una situació similar a aquella que inspira el règim comú de l'acomiadament on els salaris de tràmit es consideren com una indemnització pels salaris deixats de percebre durant la seua tramitació, art 56 ET. Per això els efectes ja consumats de les extincions es mantenen, tret d'aquelles restitucions directament exigides per la reanudació del vincle laboral i la reparació que pogués correspondre pels perjudicis ja ocasionats⁹²⁴.

A més d'aquestes explicacions, algunes resolucions⁹²⁵ exposen que aquest plantejament troba la seua raó de ser en la dificultat de reconstruir cap al passat la situació afectada per l'extinció. Aquesta dificultat està causada per la impossibilitat de realitzar el treball que no és va fer o de posar-se a disposició de l'empresari. En aquests casos, la restitució impossible "in natura" de forma plena i recíproca ha de realitzar-se a través de la *indemnització* amb l'objectiu d'evitar situacions d'enriquiment sense causa: doble percepcions de salaris si el treballador va trobar treball durant l'extinció autoritzada o percepcions per atur.

Tanmateix, malgrat que durant el primer període de temps no es generaran salaris de tràmit en sentit estricte, el treballador podrà reclamar la indemnització pels perjudicis (lucre cessant) causats a conseqüència de la falta de percepcions del seu salari durant aquell període. En aquests casos, la indemnització pels danys i perjudicis comprèn una quantitat equivalent als salaris deixats de percebre des de la data de l'acomiadament per l'expedient fins a la seua reincorporació efectiva.

En reconèixer la possibilitat de reclamar aquesta indemnització, els tribunals reconeixen que l'actuació empresarial ha pogut causar uns danys en el treballador equivalents als salaris que ha deixat de percebre però, la reparació d'aquest possible dany no es produirà per la via automàtica de l'art 56 ET. Així és, perquè mentre en el règim comú dels acomiadaments existeix aplicació automàtica dels salaris de tràmit, en els acomiadaments col·lectius aquesta aplicació automàtica no es produeix, encara que la reparació dels perjudicis pugui produir-se a través de la indemnització⁹²⁶.

Aquesta reclamació haurà de plantejar-se a través d'altre procediment en el qual caldrà acreditar la realitat i l'abast d'aquells perjudicis⁹²⁷. No oblidem que no podem acumular a l'acció per acomiadament altres possibles accions, art 27.2 LLPL. Per poder

⁹²² STS, de 21 desembre de 2001, Ar. 4269, 21 desembre de 2001, Ar. 4269, STSJ de Múrcia de 3 octubre de 2005, Ar. 274467 i STSJ de Múrcia de 26 setembre 2005, Ar. 274811.

⁹²³ STSJ Catalunya de 13 de maig de 2005, Ar. 169927.

⁹²⁴ STSJ Andalusia de 2 març de 1999, Ar. 1711.

⁹²⁵ STS, de 13 desembre de 1990, Ar. 9783. STSJ de Castella i Lleó, 24 juliol de 2001, Ar. 3601.

⁹²⁶ STSJ Catalunya, 7 octubre de 2004, Ar. 3217.

⁹²⁷ STSJ de Catalunya de 7 octubre de 2004, Ar. 3217, STSJ d'Andalusia de 2 març de 1999, Ar. 1711. STS, 17 gener de 2002, Ar. 3757: El diferent règim jurídic es basa en les diferències que les dues formes d'extinció presenten però, no afecta l'exigència de reparació dels perjudicis derivats d'un acomiadament col·lectiu que ha estat declarat nul.

rebre la indemnització serà necessari que proven l'existència dels perjudicis i que aquests foren causats per un acte o omisió de l'empresari. La finalitat d'aquesta indemnització no és altra que aconseguir que el patrimoni lesionat (el del treballador) quede en situació igual o equivalent al que tenia abans de produir-se el dany a costa del seu responsable. Així doncs, algunes sentències⁹²⁸ entenen que el fet que l'empresari tinga una autorització administrativa per a procedir a l'acomiadament no l'exonera de la seua obligació d'indemnitzar durant el període litigiós quan l'acte administratiu ha estat declarat nul.

6.2.2) SEGON PERÍODE DE TEMPS: DES QUE LA RESOLUCIÓ ADMINISTRATIVA ÉS ANUL·LADA EN VIA JUDICIAL:

D'acord amb la doctrina unificada del TS⁹²⁹ la declaració de nul·litat determina que la resolució administrativa esdevé ineficaç. Aquesta declaració implica el restabliment de la relació laboral indegudament extingida, amb la qual cosa haurem d'entendre que el contracte mai es va extingir. La conseqüència directa d'aquest raonament és doncs, que caldrà deixar les coses com estaven abans de l'extinció.

Com comentàvem anteriorment, durant el primer període de temps no correspondran salaris de tràmit, encara que podrem reclamar una indemnització pels danys i perjudicis. En canvi, respecte al segon període: des de la data de notificació de la sentència que anul·la l'expedient es generaran salaris de tràmit segons les normes generals de l'art 56 ET, perquè des del moment en què el treballador coneix formalment la resolució judicial i acudeix a l'empresari perquè el readmeta, si aquest es nega a fer-ho haurem d'entendre que aquesta conducta és constitutiva d'un acomiadament improcedent i per tant, ha de generar salaris de tràmit⁹³⁰.

És més, quan és anul·lada la resolució administrativa, el treballador té dret a reincorporar-se a l'empresa i es retrotrauen els efectes econòmics d'aquesta readmissió al moment de l'acomiadament, encara que es poden deduir de la quantia que li han d'abonar aquella que ha percebut en concepte de prestació per desocupació o per realitzar altre treball⁹³¹.

6.3) EFECTES DE L'ANUL·LACIÓ DE LA RESOLUCIÓ SOBRE LES PRESTACIONS PER DESOCUPACIÓ:

En relació amb tota aquesta problemàtica, en sorgeix una nova: els efectes que la revocació de la resolució administrativa té sobre les prestacions per desocupació reconegudes a conseqüència de l'acomiadament. Es tracta d'analitzar l'efecte que l'anul·lació de la resolució té sobre el període de temps en què no va haver prestació de serveis, perquè s'havia produït la ruptura del contracte a causa de l'expedient. Aquests esdeveniments ens obliguen a plantejar-nos si el treballador podia rebre la prestació per desocupació i si està obligat a tornar-la.

Doncs bé, si admetem que la resolució administrativa és immediatament executiva encara que no és ferma, hem d'admetre que aquesta permet a l'empresari

⁹²⁸ STSJ de Catalunya de 7 octubre de 2004, Ar 3217.

⁹²⁹ STS, 21 de desembre de 2001, Ar. 4269, 17 de gener de 2002, Ar 3757.

⁹³⁰ STSJ de Canàries, 5 març de 1999, Ar. 1996.

⁹³¹ STSJ País Basc, de 23 de juliol de 2001, Ar. 2737.

extingir els contractes de treball, malgrat que posteriorment l'expedient pot ser anul·lat. Alhora, els treballadors que són acomiadats a conseqüència de l'expedient de regulació passaran a la situació de desocupació. És important assenyalar que la LLGSS no exigeix que per poder rebre les prestacions per desocupacions, la resolució administrativa que va extingir els contractes siga ferma. Tant és així, que el treballador des del moment en què va extingir el contracte a causa de l'expedient pot rebre la prestació per desocupació. A més, la interposició de l'acció contra l'acomiadament no impedeix que nasca el dret a la prestació, art 209.4 LLGS.

Ara bé, si bé és cert que la posterior anul·lació de resolució no impedeix que durant el període de vigència de l'expedient el treballador acomiadat tinga dret a rebre la prestació per desocupació, també és cert que en aquestes circumstàncies sorgeix la necessitat de coordinar la possible indemnització que ha pogut rebre pels danys i perjudicis, art 1101 CC amb la prestació per desocupació. Així és, com comentava, el treballador pot rebre una indemnització equivalent als salaris deixats de percebre des que fou acomiadat fins que anul·laren la resolució, art 1101 CC, però haurem de coordinar aquesta amb les prestacions per desocupació que va rebre durant aquell període⁹³².

Aquesta situació no està prevista ni en la legislació laboral ni en la de la Seguretat Social. Segons ha interpretat alguna resolució judicial⁹³³, el buit legal existent ha de solucionar-se aplicant per analogia les disposicions que disciplinen el règim comú de l'acomiadament, en el qual els salaris de tràmit es conceben també com una indemnització. Aquesta doctrina ens obliga a considerar que les quanties rebudes en concepte de prestació per desocupació a causa de l'acomiadament col·lectiu han estat rebudes indegudament per causes no imputables al treballador.

Però qui ha de reintegrar les prestacions indegudament satisfetes? El beneficiari de les prestacions (treballador) o l'empresari? En principi, l'art 227 de la LLGSS ens podria fer pensar que és el treballador qui ha de tornar les prestacions rebudes indegudament. Però els tribunals⁹³⁴ han estimat que en aquests supòsits hem d'aplicar per analogia la solució prevista en l'art 111.b LLPL per a aquells supòsits en què recorrem en suplicació contra una sentència d'instància que declara la improcedència de l'acomiadament.

Segons aquesta interpretació, els treballadors no estan obligats a restituir a l'organisme gestor les quanties rebudes en concepte de prestacions per desocupació, quan aquestes percepcions han nascut d'una resolució administrativa emesa en un expedient de regulació d'ocupació, encara que aquesta resolució siga anul·lada posteriorment. Això sí, en aquests casos sorgeix la necessitat de coordinar l'abonament de les prestacions per desocupació i l'aplicació de la indemnització pels salaris deixats de percebre.

⁹³² STSJ País Basc, 7 de juny de 2005, Ar. 2286.

⁹³³ STSJ del País Basc, 7 de juny de 2005. Ar. 2286. quan la resolució ha estat anul·lada per una sentència ferma i el treballador ha rebut una indemnització pels danys i perjudicis, sorgeix la necessitat de coordinar aquesta indemnització amb la prestació rebuda pel treballador. L'aplicació analògica de l'art 111 LPL implica que és l'empresari qui ha de substreure de la indemnització les quanties rebudes en concepte de prestació per desocupació.

⁹³⁴ STS, 30 novembre de 1998, Ar. 10045, STSJ 7 octubre de 2004, Ar. 3217.

L'aplicació analògica d'aquest article al supòsit que analitzem implica que el treballador es trobava en situació legal de desocupació quan va rebre la prestació per desocupació i per tant, no té l'obligació de tornar aquesta prestació. Això sí, correspon a l'empresari descomptar de la indemnització pels salaris que va deixar de rebre les quanties rebudes per la prestació de desocupació. A més, haurà d'ingressar-les a l'entitat gestora de la prestació per desocupació⁹³⁵. Alhora, l'empresari té l'obligació d'efectuar les cotitzacions oportunes per a futures prestacions.

Per altra banda, aquesta solució és coincident amb la solució recollida en l'art 209.5.b i c LLGSS. El precepte estableix que quan a conseqüència d'un recurs es realitzi la readmissió del treballador a través de la conciliació o de sentència ferma o encara que aquella no es produeixi en els supòsits de l'art 279.2, 282 i 284 LLPL, les quanties rebudes pel treballador en concepte de prestació per desocupació es consideraran indegudes per causes no imputables al treballador. Ara bé, l'empresari haurà de deduir dels salaris deixats de rebre la prestació per desocupació que ha rebut i li correspondrà ingressar aquella quantia a l'entitat gestora.

Aquest plantejament soluciona el problema que sorgeix quan en un mateix període de temps, des que són acomiadats fins que anul·len la resolució, rebem una indemnització equivalent als salaris deixats de percebre i la prestació per desocupació. Ara bé, des que anul·len la sentència en via contenciosa administrativa fins que declaren improcedent o nul l'acomiadament en la jurisdicció social sorgeix la necessitat de coordinar la prestació per desocupació i els salaris de tràmit. No podem oblidar que durant aquest període sí que es generaran salaris de tràmit però, el treballador pot estar rebent la prestació per desocupació.

Com preveu l'art 209.5 LLGSS, introduït per la Llei 45/2002, quan a conseqüència del recurs, l'acomiadament siga declarat improcedent i opten per la indemnització, si està rebent la prestació per desocupació ho deixarà de fer i es consideraran indegudes i podrà rebre-la de nou a partir del moment en què finalitza l'obligació d'abonar els salaris de tràmit⁹³⁶. A la quantia rebuda pel treballador per aquest concepte, li podran descomptar les quanties que li corresponen a conseqüència del compliment retroactiu del deure de readmissió⁹³⁷.

⁹³⁵ STS de 30 novembre de 1998, Ar. 10045, STS 13 desembre de 1990, Ar. 9783, STSJ País Basc, 23 de juliol de 2001, Ar. 2737, STSJ Catalunya de 31 de maig 2002, Ar. 2325. STSJ del País Basc, 7 de juny de 2005, Ar. 2286. STSJ de Catalunya de 18 de maig de 2005, Ar. 1745. STSJ de Catalunya de 13 de maig 2005, Ar. 169927.

⁹³⁶ DESDENTADO BONETE, A, MERCADER UGUINA, JR, "El desempleo como situación protegida (un estudio sobre los problemas de acceso a la protección en el nivel contributivo)", Madrid, Civitas, Estudios de Derecho Laboral, 1996, pàg. 63. DESDENTADO BONETE, A, DE LA PUEBLA PINILLA, AM, "La reforma de la protección por desempleo en el RDL 5/2002", en "Comentarios de urgencia a la reforma del sistema de protección por desempleo. Nuevo régimen jurídico del despido, de los salarios de tramitación y del desempleo", Valladolid, ed. Lex Nova, 2002, pàg. 43.

⁹³⁷ CABEZA PEREIRO, J, "Situaciones legales de desempleo por extinción del contrato de trabajo", Pamplona, ed. Aranzadi, 1996, pàg. 82.

7. JURISDICCIO SOCIAL:

7.1) COMPETÈNCIA DE LA JURISDICCIO SOCIAL EN MATÈRIA D'EXPEDIENTS DE REGULACIÓ:

Una vegada hem exposat la complicada situació que envolta la impugnació de la resolució administrativa que habilita l'empresari per poder executar el seu projecte d'acomiadament; és necessari analitzar les matèries que podran ser impugnades davant la jurisdicció social i els mecanismes d'impugnació. Bona part de les impugnacions produïdes en matèria d'expedients de regulació d'ocupació són reconduïdes cap a la jurisdicció contenciosa administrativa, ja que tradicionalment els nostres tribunals han considerat que tota impugnació de l'acord implicava una impugnació indirecta de la resolució administrativa⁹³⁸ i com hem vist, la jurisdicció contenciosa administrativa ha exercit una “vis atractiva” en relació amb les impugnacions.

La doctrina judicial i la jurisprudència analitzada en els apartats anteriors van a limitar de forma important la possibilitat d'impugnar molts dels aspectes que rodegen els acords sobre la reorganització productiva. Tanmateix, aquest plantejament no impedeix que “els altres continguts de l'acord⁹³⁹” puguin ser controlats judicialment ni impedeix que algunes controvèrsies i discrepàncies siguin competència de la jurisdicció social: conflictes sobre les indemnitzacions, discrepàncies sobre la interpretació de l'acord, impugnació de les decisions empresarials que ordenen les mesures recollides en l'acord, impugnació dels incompliments empresarials sobre allò acordat o sobre els acomiadaments produïts sense autorització.

La jurisdicció social podrà conèixer aquestes impugnacions sempre que no discrepem de la decisió adoptada en la resolució administrativa en la qual autoritzen els acomiadaments ni s'oposem al fet que l'empresari duga a terme aquella resolució. Així és, ho podem fer si amb la impugnació no perseguim ni directa ni indirectament la revisió de l'autorització administrativa, sinó que demanem la nul·litat d'alguna clàusula o denunciem l'incompliment per part de l'empresari dels compromisos recollits en l'acord o denunciem que aquest els ha dut a terme incorrectament o no els ha interpretat adequadament. A més a més, els treballadors afectats per les mesures ordenades per l'empresari, malgrat que en principi no podran impugnar directament l'acord en bloc sí que podran impugnar la decisió empresarial que ha ordenat la mesura que els afecta o podran denunciar l'incompliment de les clàusules de l'acord.

Admesa doncs la possibilitat d'impugnar el conjunt de matèries exposades en les línies anteriors davant la jurisdicció social, cal preguntar-nos quina modalitat processal

⁹³⁸ STS, 21 de juny de 1994, Ar 5463. STS, de 26 de desembre de 1998, Ar 10314. STS, de 17 de març de 1999, Ar 3002. En aquestes sentències mantenen que en realitat allò que impugnem és l'acord de l'autoritat laboral, una matèria que és competència de la jurisdicció contenciosa administrativa. STS de 19 de novembre de 2002, Ar 10030. SSTSJ de Catalunya de 22 de gener de 1997, Ar 855 i de 3 d'abril de 1997, Ar 2003. STSJ del País Basc de 31 de desembre de 2003. STSJ de Catalunya de 6 de juny de 2000, Ar. 3045: El tribunal reconeix la incompetència de l'ordre jurisdiccional social per a conèixer la impugnació directa de l'acord col·lectiu posteriorment homologat i la incompetència per a conèixer les impugnacions dels treballadors sobre el llistat aprovat per l'autoritat laboral.

⁹³⁹ ELORZA GUERRERO, F, “Los acuerdos de empresa en el ET”, op.cit, pàg. 223: les competències de l'autoritat laboral van referides exclusivament a allò que recull l'acord sobre els acomiadaments. De tal forma, que qualsevol altre contingut: pla social, serà sotmès al control de legalitat i vies d'impugnació que la nostra legislació preveu per als acords d'empresa.

cal utilitzar. Tal vegada, allò més convenient és diferenciar diferents grups de matèries a efectes d'explicar qui podrà impugnar aquestes situacions i a través de quina modalitat processal. Així doncs, al llarg d'aquestes pàgines analitzarem els següents supòsits: acomiadaments produïts sense autorització administrativa, discrepàncies i problemes sobre les indemnitzacions, impugnació individuals i col·lectives sobre les decisions empresarial que ordenen les mesures organitzatives, conflictes interpretatius sobre el contingut de l'acord i conflictes originats davant els incompliments de l'empresari d'allò acordat o compliments defectuosos de l'acord.

Com podem imaginar, són moltes les problemàtiques que envolten aquests temes, amb la qual cosa podríem treure a col·lació moltes qüestions i analitzar diferents aspectes d'aquestes mesures però, possiblement aquest tipus d'estudi excedeix l'àmbit d'aquest treball. A més, algunes de les qüestions que analitzarem seguidament ja han estat analitzades en diferents moments, amb la qual cosa simplement sintetitzaré algunes idees i matisaré algunes qüestions. Aquest és el plantejament que seguiré en els supòsits dels acomiadaments col·lectius sense autorització o en relació amb la impugnació de la indemnització.

Per altra banda, tampoc analitzaré amb detall la impugnació de les mesures de reorganització empresarial (modificacions i trasllats) perquè encara que aquestes mesures poden ser acordades durant la negociació de l'expedient, gaudeixen de certa autonomia quan parlem d'expedients de regulació d'ocupació, perquè no necessiten ser autoritzades per l'autoritat laboral, ja que l'administració és limitat a autoritzar els acomiadaments col·lectius. A més a més, aquestes mesures han estat analitzades en altres moments d'aquest treball. És per això, que en aquests supòsits em cenyiré a allò dit per la llei. En definitiva, en les següents pàgines recapitularé algunes idees i em centraré en els aspectes més relacionats amb els acomiadaments col·lectius i en els aspectes més conflictius d'algunes mesures.

7.2) ACOMIADAMENTS COL·LECTIUS SENSE AUTORITZACIÓ ADMINISTRATIVA:

Els efectes que es deriven quan l'empresari procedeix a realitzar un acomiadament col·lectiu sense l'autorització administrativa ja han estat analitzats en altres apartats. Tanmateix i amb la finalitat de donar una visió més compacta de les matèries que seran competència de la jurisdicció social crec convenient sintetitzar algunes idees que ja han estat abordades anteriorment.

En primer lloc, cal dir que serà la jurisdicció social la competent per a conèixer les reclamacions fetes pels treballadors que denuncien que els seus acomiadaments s'han produït eludint l'autorització administrativa, art 124 LLPL. No és necessari esplaiar-nos massa sobre les raons i direm només que es tracta d'un conflicte entre treballadors i empresaris que entraria dins de l'àmbit de la jurisdicció social i a més, en aquests casos no ha existit cap pronunciament per part de l'autoritat laboral.

Una vegada hem aclarit la jurisdicció competent per a conèixer aquestes controvèrsies cal continuar dient que l'art 124 LLPL i l'art 51 ET configuren l'autorització administrativa com un requisit formal essencial del procediment de regulació d'ocupació, perquè sense ella l'empresari no pot realitzar l'acomiadament col·lectiu. Tant és així, que aquestes normes sancionen l'incompliment d'aquest requisit

amb la més greu de les sancions: la nul·litat, amb la conseqüent readmissió dels treballadors i el pagament dels salaris de tràmit, art 124 LLPL.

Ara bé, a més dels supòsits recollits en l'art 124 LLPL que són qualificats com a nuls, existeixen altres situacions que rebran la mateixa qualificació, però que troben el seu fonament legal en altre precepte: art 51.1 cinquè paràgraf de l'ET. En qualsevol cas, tant en un cas com en l'altre, la nul·litat troba la seua justificació en un mateix argument: els acomiadaments realitzats s'han produït eludint el tràmit previst per als acomiadaments col·lectius i concretament ometent un dels seus tràmits: l'autorització administrativa.

7.2.1) SUPÒSITS DE NUL·LITAT PREVISTOS EN L'ART 124 LLPL I PROCEDIMENT:

El supòsit típic que regula i sanciona l'art 124 de la LLPL no és altre que l'acomiadament col·lectiu produït sense la corresponent autorització administrativa per tant, haurem de considerar nuls els acomiadaments quan l'empresari directament eludeix iniciar el procediment de regulació d'ocupació. Però, a més d'aquests supòsit existeixen altres situacions que trobarien cobertura en l'art 124 LLPL:

Aquells supòsits en què l'empresari inicia el procediment però, materialitza el seu projecte d'acomiadament abans d'obtenir la corresponent autorització administrativa. També ho serà quan l'autoritat laboral declare improcedent la sol·licitud de l'empresari i així i tot, aquest realitza l'acomiadament col·lectiu. Encara que es discutible, hi ha qui defèn que l'art 124 LLPL donaria cabuda a un supòsit més: acomiadaments col·lectius produïts malgrat existir una resolució administrativa que els desautoritza⁹⁴⁰. Per altra banda, també defenen que a través de l'art 124 de la LLPL podríem demanar la nul·litat quan la resolució administrativa és anul·lada en via administrativa o contenciosa i l'empresari no readmet els treballadors⁹⁴¹.

Delimitats els supòsits que justificarien la impugnació dels acomiadaments, només resta per analitzar el procediment que hem de seguir. L'art 124 LLPL es limita a recollir els efectes que produeix l'acomiadament col·lectius sense la corresponent resolució administrativa però, no recull un procediment específic ni recull cap menció a la via processal que cal utilitzar per a impugnar els acomiadaments. Així doncs, la disjuntiva es planteja entre acudir al procediment ordinari, art 80 LLPL⁹⁴² o bé a la modalitat especial dels acomiadaments i sancions, art 103 LLPL⁹⁴³. Malgrat que l'art 124 LLPL no estableix cap remissió a cap d'aquests procediments m'incline per pensar que els treballadors que es troben en aquesta situació hauran de seguir el procediment previst per als acomiadaments i sancions, art 103 LLPL, les raons ja han estat exposades en apartats anteriors.

⁹⁴⁰ BADIOLA SÁNCHEZ, A.Mª, "La nulidad de la extinción del contrato de trabajo", op.cit, pàg. 496. CASAS BAAMONDE, MªE, "La nulidad del despido y sus efectos", en D.A, "la reforma de la legislación laboral", op.cit, pàg 457. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I, "Procedimientos de regulación de empleo en el despido colectivo", en DA, "El régimen del despido tras la reforma laboral", op.cit, pàg. 380.

⁹⁴¹ BADIOLA SÁNCHEZ, AMª, "La nulidad de la extinción del contrato de trabajo", op.cit, pàg. 496.

⁹⁴² GORELLI HERNÁNDEZ, J, "Las nulidades en la extinción colectiva (vías de defensa laboral ante la extinción colectiva)", op.cit, pàg. 199.

⁹⁴³ SERRANO GARCÍA, JM, "El plan Social en los despido colectivos", op.cit, pàg. 414.

Els acomiadaments produïts sense la corresponent autorització administrativa seran considerats nuls. En aquest cas, l'art 124 sí que fa una remissió expressa a l'art 113 LLPL a l'hora d'especificar les conseqüències que es derivaran de la declaració de nul·litat. Així doncs, l'empresa haurà de readmetre immediatament el treballador i abonar-li els salaris que ha deixat de percebre des que fou acomiadat fins a la reincorporació efectiva del treballador a la empresa a més, haurà de donar d'alta al treballador en la Seguretat Social. La sentència serà executada de forma provisional en els termes establerts en l'art 295 LLPL.

7.2.2) FRAGMENTACIÓ DELS ACOMIADAMENTS PER CAUSES EMPRESARIALS:

Al marge dels supòsits sancionats per l'art 124 LLPL, encara podríem analitzar un supòsit més on els acomiadaments realitzats per l'empresari són qualificats nuls per eludir el procediment de regulació d'ocupació. En aquest sentit, l'art 51.1 cinquè paràgraf de l'ET considera que els acomiadaments objectius produïts en períodes successius de noranta dies i sota els llindars legals i no fonamentats en causes noves són nuls per fraudulents, perquè el seu objectiu és eludir el procediment previst per als acomiadaments col·lectius i concretament un dels seus tràmits: l'autorització administrativa⁹⁴⁴.

És a dir, allò que ocorre és que s'ha produït uns acomiadaments per la via de l'art 51 ET i posteriorment i en períodes successius de 90 dies es produeixen nous acomiadaments per la via de l'art 52.c ET. De tal forma, que la suma dels acomiadaments produïts ens situaria en algun dels supòsits previstos en l'art 51.1 ET i per tant, hauríem d'iniciar el procediment de regulació d'ocupació però, per tal d'evitar-lo fragmentem de forma artificial i fraudulenta els acomiadaments per situar-nos sota els llindars legals i reconduir els acomiadaments per un procediment més senzill: el procediment objectiu.

Ara bé, la regla prevista en l'art 51.1 cinquè paràgraf només considera nuls els acomiadaments de l'art 52.c ET produïts en períodes successius de 90 dies però, la nul·litat no afecta els acomiadaments anteriors. Aquest plantejament no encaixa massa bé amb la idea de frau, perquè el frau existeix precisament perquè els acomiadaments de l'art 52.c ET no havien d'haver-se fragmentat, sinó que s'haurien d'haver acumulat als acomiadaments anteriors de tal forma, que el conjunt dels acomiadaments haurien d'haver seguit la via de l'art 51 ET⁹⁴⁵. Per altra banda, cal dir que els acomiadaments

⁹⁴⁴ STSJ de Cantàbria, 24 de març 1997, (1140), AL, n°31, 1997: L'art 51.1, no exigeix la necessitat d'acreditar un especial ànim fraudulent de l'empresa per tal d'apreciar la nul·litat de l'extinció per frau de llei, és suficient amb les dades objectives que acrediten que han eludit el procediment de l'art 51 a través d'extincions emparades en l'art 52.c ET. Tampoc s'exigeix reiteració en la conducta empresarial. Tampoc cal, per poder apreciar frau de llei, que totes les extincions en els successius noranta dies les tramiten a través de l'art 52.c ET. La cobertura de l'art 52.c ET obri un període de noranta dies cap endavant i cap endarrere, en el qual computarem la totalitat de les extincions. Si en el còmput assolim els llindars de l'art 51 ET es desprendria la necessitat d'acudir als tràmits dels acomiadaments col·lectius per a totes les extincions. Si no ho fem, les noves extincions no fonamentades en causes noves seran declarades nul·les i sense efectes. Per altra part, les successives extincions han de tenir com a objectiu eludir l'aplicació de la norma, una circumstància que hem de presumir i a més, opera automàticament quan aquella actuació es realitza en períodes successius de noranta dies: STSJ Catalunya, 2 de novembre de 1996, Ar 4083.

⁹⁴⁵ STSJ Andalusia, 21 de maig de 1997, Ar 1918, i STSJ Catalunya, 19 de juliol de 1995, Ar 3118: tota interpretació ha d'ajustar-se als valors constitucionals, no es podria entendre la discriminació que es

de l'art 52.c ET serien nuls, perquè s'han produït sense l'autorització administrativa però, aquest supòsit de nul·litat no trobaria el seu fonament legal en l'art 124 LLPL, sinó en l'art 51.1 cinquè paràgraf⁹⁴⁶.

En qualsevol cas, per tal d'apreciar el supòsit de nul·litat recollit en l'art 51.1 cinquè paràgraf ET cal que es donen tres requisits: cal que els acomiadaments es realitzen en períodes successius de noranta dies⁹⁴⁷, cal que la via utilitzada siga l'art 52.c ET i en darrer lloc, cal que no es donen causes noves que justifiquen aquelles extincions⁹⁴⁸, és a dir, que ambdues classes d'extincions: les tramitades a través de l'expedient de regulació i les produïdes a l'emparament de l'art 52.c ET han de fonamentar-se en les mateixes causes.

Segons aquests requisits, allò que prohibeix l'art 51.1 cinquè paràgraf ET no són les extincions posteriors que es poden produir a l'emparament de l'art 52.c ET, sempre que responguen a noves situacions de dificultats que afecten l'empresa i que posen en relleu la necessitat de realitzar nous acomiadaments, allò que prohibeix aquesta regla són els acomiadaments que impliquen una continuïtat de la situació que va justificar els acomiadaments anteriors, aquells que es fonamenten en una manifestació de l'anterior situació o es fonamenten en una variació de la causa original.

Precisament per això, per tal de no considerar nuls els acomiadaments produïts a través de l'art 52.c ET, aquests han de ser el resultat de circumstàncies diferents a les que concorrien amb anterioritat. Dit en altres paraules, s'ha de tractar de circumstàncies que impliquen importants alteracions de l'anterior situació de l'empresa. De tal forma, que per tal de considerar procedents els nous acomiadaments, hem de poder apreciar l'existència d'una nova i originària circumstància inexistent anteriorment⁹⁴⁹.

produiria entre determinats treballadors subjectes tots ells a un acomiadament col·lectiu amb fonaments en les mateixes causes. És per això, que no només hem de qualificar com a nul·les per ser fraudulentas les que sobrepassen un determinat número dins del mateix període de tal forma, que queden validades les anteriors.

⁹⁴⁶ BADIOLA SÁNCHEZ, AM^a, "La nulidad de la extinción del contrato de trabajo", op.cit, pàg. 495. Considera que seran nul·les per la via de l'art 124 LLPL les extincions tramitades a l'emparament de l'art 52.c ET, encara que complequen escrupolosament els requisits exigits, si tenint en compte els paràmetres operatius assenyalats és necessària l'autorització administrativa.

⁹⁴⁷ Segons alguna resolució: STSJ Andalusia, 21 de maig 1997, Ar 1918, aquesta regla significa que produïts uns concrets acomiadaments hem de mirar cap enrere i observar si en els precedents 169 dies s'han produït altres acomiadaments per les mateixes causes i, mirant cap endavant hem d'observar si en els successius 179 dies es produeixen altres acomiadaments per les mateixes causes. Això és així perquè la norma vol evitar tota conducta fraudulenta. Per altra part, aquest precepte exigeix la concurrència de tres requisits: a) temporal: les extincions que hem de tenir en compte s'han de realitzar en successius i immediats períodes de noranta dies. B) numèric: el total de contractes extingits ha de superar els límits de l'art 51.1 ET. C) causal: els nous acomiadaments no han d'estar fonamentats en causes noves: STSJ Catalunya, 1 octubre de 1996, Ar 3894.

⁹⁴⁸ Es produiran les conseqüències previstes en el sisè paràgraf de l'art 51 ET quan els acomiadaments es realitzen en períodes successius de noranta dies. No cap la seua aplicació quan l'empresa respecte aquest marge temporal o quan reitere acomiadaments per aquesta causa però no els realitze dins de períodes de temps successius. Per altra part, si el legislador expressament regula unes cauteles concretes destinades a evitar el frau de llei i alhora limita el seu abast a períodes successius de noranta dies, no podem fer una interpretació extensiva de la prohibició que ens portaria a considerar computables qualsevol extinció contractual anterior amb independència del moment en què s'hagueren produït: STSJ Catalunya, 2 de novembre de 1996, Ar 4083.

⁹⁴⁹ STSJ Catalunya, 30 octubre de 1996, Ar 4816, STSJ Catalunya, 20 de març de 1996, Ar 645 i STSJ de Catalunya, 1 octubre de 1996, Ar 3894. En aquesta darrera sentència, el tribunal estima que no concorren causes noves que justifiquen els acomiadaments. Tots els acomiadaments acordats per l'empresa tenen un

En aquestes circumstàncies, els treballadors acomiadats per la via de l'art 52.c ET podran replantejar-se el seu acomiadament i en el termini de 20 dies podran exercir l'acció contra l'acomiadament davant els tribunals laborals per entendre que aquest s'ha produït en frau i eludint les normes previstes per als acomiadaments col·lectius, art 59.3. La modalitat processal que caldrà utilitzar serà la prevista per als acomiadaments i sancions, art 103 LLPL. Segons allò dit en l'art 51.1.cinquè paràgraf ET aquests acomiadaments hauran de ser considerats nuls.

7.3) DISCREPÀNCIES SOBRE LA INDEMNITZACIÓ PER ACOMIADAMENT COL·LECTIU:

Les reclamacions sobre les indemnitzacions previstes en l'expedient són de les poques qüestions relacionades amb els expedients de regulació d'ocupació que no planteja dubtes jurisdiccionals. El RD 43/1996 és clar sobre aquest aspecte: el treballador podrà reclamar davant la jurisdicció social i a través del procediment ordinari la falta d'abonament de la indemnització o les discrepàncies sobre la seua quantia. Així i tot, són molts els problemes que suscita el tema de les indemnitzacions. En la majoria d'ocasions, les discrepàncies sobre aquesta matèria fan referència a les següents qüestions: el còmput dels anys de servei, discrepàncies sobre la quantia i problemes derivats dels diferents règims indemnitzatoris previstos en l'expedient.

7.3.1) ANYS DE SERVEI A EFECTES DEL CÒMPUT DE LA INDEMNITZACIÓ:

Segons l'art 51.8 ET, els treballadors tindran dret a una indemnització de 20 dies de salari per any de servei. Aquesta expressió: anys de servei ha generat no poques sentències que buscaven dos objectius: diferència els anys de servei de l'antiguitat a l'empresa i per altra banda, aportar criteris destinats a aclarir el càlcul de la indemnització. La majoria de pronunciaments de la doctrina judicial han tractat de delimitar dos conceptes: què hem d'entendre per temps de servei i quin període de temps comprèn.

Respecte a la primera qüestió, han considerat que el terme *any de servei* no pot interpretar-se de forma restringida i com a sinònim de "temps de treball efectiu" perquè aquella interpretació no respecta la finalitat buscada que consisteix a fixar la indemnització tenint en compte el període total de vigència de la relació laboral extingida. Si mantinguérem una tesi contrària hauríem d'excloure el temps que no forma part de la jornada, les interrupcions i les suspensions.

Respecte a la segon qüestió, els tribunals han exposat de forma reiterada i consolidada que la referència dels 20 dies de salari actua sobre el temps de servei efectuat a l'empresa que l'ha acomiadat i no sobre la major antiguitat del treballador. El període temporal que hem de tenir en compte a l'hora de calcular la indemnització fa

únic i mateix fonament: la negativa situació econòmica que passa l'empresa a causa del desens de vendes. El Tribunal continua dient, que no podem considerar que concorre una causa nova pel simple fet que l'empresa haja especificat en cada acomiadament que la causa que el justifica és que resulta innecessari els serveis del treballador en el seu concret lloc de treball, perquè tots ells troben el seu origen en una mateixa situació econòmica que es manté amb caràcter unitari durant els noranta cinc dies que han passat des del primer acomiadament fins a l'acomiadament del demandant.

referència a un arc temporal més reduït que el que compren l'antiguitat. Mentre que els anys de servei a l'empresa comprèn només el temps de servei que el treballador ha efectuat a l'empresa que ha tramitat l'expedient i fa referència al temps que comprèn des que el treballador va ingressar a l'empresa fins a la data de l'acomiadament, l'antiguitat fa referència al temps de permanència del treballador en l'exercici d'una professió en distintes empreses⁹⁵⁰.

Només en aquells casos on les parts pacten una clàusula de reconeixement de l'antiguitat del treballador en termes d'amplitud i de forma incondicional, podríem tenir en compte l'antiguitat a l'hora de calcular la indemnització de l'art 51.8 ET. En aquests supòsits, és irrellevant, a l'hora de calcular la indemnització, diferenciar entre temps de servi i antiguitat⁹⁵¹.

Aquest sembla que és el criteri seguit pel TS⁹⁵² en el seu moment quan va defensar que: "a efectes de calcular la indemnització no podem confondre l'antiguitat que podem assignar-li al treballador en el contracte i que suposa respectar l'antiguitat aconseguida pel treballador amb anteriors contractes, amb el temps de servei a l'empresa. Només aquest darrer temps es pot tenir en compte a l'hora de calcular la indemnització, excepte quan en assignar al treballador major antiguitat vulguem que aquesta opere a tots els efectes, incloent el càlcul de la indemnització".

Aquests criteris judicials han servit per a aclarir dos supòsits problemàtics: subrogacions empresarials i posteriors acomiadaments i temps d'excedència i acomiadaments. Així doncs, mentre que en el cas de subrogació, els tribunals⁹⁵³ han considerat que encara que signem una liquidació (quitança) amb l'empresari anterior, el temps de servei comprèn tot el temps de la relació laboral i inclou per tant, el temps prestat per a l'empresari o empresaris anteriors que s'han succeït en la titularitat de l'empresa.

En canvi, quan el treballador està d'excedència, aquest temps no es pot considerar com a temps de servei per dues raons⁹⁵⁴: primerament, perquè una cosa és el dret al còmput de l'antiguitat i altra cosa és la determinació del temps de servei a l'hora de calcular la indemnització. Alhora, els tribunals mantenen que en no realitzar els serveis durant el temps d'excedència ens permet afirmar que aquell temps no el podem considerar com a temps de servei. El TS⁹⁵⁵ defèn aquest plantejament al·legant que "si bé és cert que el període d'excedència no pot perjudicar la vinculació existent entre el treballador i l'empresa, també és cert que aquest període no pot ser computat per a determinar l'abast de la quantia de la indemnització".

⁹⁵⁰ STSJ d'Extremadura, 24 febrer de 2000, Ar. 1252.

⁹⁵¹ STSJ Extremadura, 24 febrer de 2005, Ar. 1252. En relació amb un litigi sobre la indemnització derivada d'un expedient de regulació d'ocupació el tribunal va rectificar el criteri elaborat per la jurisprudència sobre els anys de servei i va considerar que quan signen les parts una clàusula de reconeixement de l'antiguitat de forma ampla i incondicional restringir el seu contingut infringiria la llibertat de contractació, art 1255 CC.

⁹⁵² STS, 8 març de 1993, Ar. 1712. STS de 5 de febrer de 2001, Ar. 2144, STS, 30 abril de 1996, Ar. 2283.

⁹⁵³ STS, 16 març de 1999, Ar 2995.

⁹⁵⁴ STS, 10 gener de 1986, Ar. 772.

⁹⁵⁵ STS, 10 de juliol de 1989, Ar 5442, de 30 de juny de 1997, Ar 4950 i STSJ del País Basc, 5 de juliol de 2005, Ar 1889.

7.3.2) SALARI REGULADOR I INDEMNITZACIÓ:

Segons preveu l'art 51.8 ET, els treballadors que extingeixen els seus contractes per un acomiadament col·lectiu tindran dret a una indemnització de 20 dies de salari, prorratejant-se per mesos els períodes de mesos inferiors a l'any. Així doncs, els salaris que hem de tenir en compte per tal de calcular la indemnització han de comprendre la totalitat de les percepcions que formen el salari, art 28 ET. El salari, a l'hora de determinar la indemnització, comprendrà únicament els conceptes estrictament salarials⁹⁵⁶: salari base, antiguitat, plus de conveni i pagues extraordinàries⁹⁵⁷ perquè el legislador fixa la indemnització tenint en compte el salari que rep el treballador efectivament, sense excloure cap concepte.

En segon lloc, com reconeixen els tribunals, la mensualitat que ha de servir com a paràmetre temporal a l'hora de determinar la indemnització és l'última rebuda en el moment de l'acomiadament. El salari regulador de la indemnització és aquell que li correspon en el moment de l'acomiadament i no el que arbitràriament abone l'empresa⁹⁵⁸. Segons aquests plantejaments, no és lícita la reducció unilateral del salari amb la finalitat de perjudicar el treballador en les seues retribucions i en la indemnització. Però, també és cert que els posteriors increments salarials previstos en conveni o en una disposició legal no afectaran la indemnització prevista per a aquests acomiadaments⁹⁵⁹.

7.3.3) DIFERENTS RÈGIMS D'INDEMNITZACIONS PREVISTOS EN L'EXPEDIENT:

La possibilitat d'establir diferents règims d'indemnitzacions en un expedient és una pràctica prou freqüent. Aquesta possibilitat pot incloure situacions prou diferents: unes indemnitzacions inferiors quan el treballador gaudeix d'un dret de retorn⁹⁶⁰ o indemnització complementària per a determinats col·lectius de treballadors afectats per l'expedient⁹⁶¹ o indemnitzacions diferents en funció de si són acomiadats o causen baixa voluntàriament.

En principi, aquesta possibilitat serà vàlida quan aquestes diferències no es basen en motius discriminatòries. Així és, aquests acords que serveixen de base per tal d'extingir els contractes de treball suposen una manifestació de la negociació

⁹⁵⁶ STS, 5 març 1986, Ar. 1463

⁹⁵⁷ STS, 17 de juliol de 1990, Ar. 6413. El salari que hem de tenir en compte és el del darrer mes prorratejant les pagues extraordinàries.

⁹⁵⁸ STS, 25 de febrer de 1993, Ar. 1441, STS, de 15 octubre de 1990, Ar. 7685, STS, 11 de desembre de 1990, Ar. 9760, STSJ de Múrcia, de 19 de febrer de 1996, Ar. 339.

⁹⁵⁹ STS, de 7 de desembre 1990, Ar. 9760, STS, 13 d'octubre de 1995, Ar. 7745.

⁹⁶⁰ Al 2005 SEAT ha pactar un ERO que preveia les següents mesures: baixes amb incentius i amb preferència de reingrés entre 2 i 5 anys i una indemnització de 12.000 euros bruts anuals. Baixes definitives amb indemnització de 45 dies amb un màxim de 42 mensualitats i de 78.000 euros. Suspensió temporal de contactes de treball a partir dels 60 anys. Acomiadament i indemnització de 20 dies, amb un màxim d'una mensualitat i un mínim de 12.000 euros i reingrés preferent a partir dels 18 mesos i fins als 24 mesos. Alta possibilitat consisteix en acomiadament i una indemnització de 45 dies amb un màxim de dues anualitats i un mínim de 12.000 euros i pla a través d'empreses de recol·locacions. El País, 17 desembre, pàg. 62.

⁹⁶¹ La STSJ del País Basc, 20 de desembre de 2005, Ar. 2539 aborda un conflicte en el qual uns treballadors consideraven que els acords eren discriminatoris perquè preveien una indemnització complementària de 1100 euros que no era d'aplicació per als treballadors prejubilats.

col·lectiva, art 37 CE, distinta dels convenis col·lectius, però hauran de respectar el dret a la igualtat i a la no discriminació. Ara bé, l'aplicació d'aquests principis a aquests tipus d'acord no poden tenir el mateix abast que en altres contextos perquè els hem de fer compatible amb el principi d'autonomia col·lectiva⁹⁶².

Aquestes idees permetrien establir diferents règims d'indemnització en funció de la via per la qual els treballadors extingeixen els seus contractes: acomiadament, mutu acord (baixes), o acomiadaments acompanyats d'un dret de retorn. Malgrat les diferències quantitatives entre els diferents règims, les indemnitzacions estan fixades amb criteris objectius i són iguals per a tots els treballadors que formen aquests col·lectius. En canvi, no és admissible introduir criteris diferents i no justificats en el càlcul de la indemnització per a uns treballadors i per a altres no.

Segons recull alguna resolució judicial⁹⁶³: és indiferent la postura dels treballadors enfront l'expedient, perquè la sort d'aquests treballador és igual i comuna per a tots ells amb independència de la seua postura prèvia. Una vegada inclosos en l'expedient, les condicions per a extingir els contractes han de ser iguals per a tots ells. Resulta inadmissible que les indemnitzacions es fixen en funció del comportament dels treballador durant el període de consultes. Les conseqüències de l'extinció han de ser generals per a tots i és aplicable el principi d'igualtat.

Les parts que negocien l'expedient podran establir indemnitzacions superiors a la legal però, aplicant sempre les mateixes condicions en les negociacions perquè el contrari, a no ser que existesca causa justa, és contrari al principi d'igualtat.

7.4) IMPUGNACIÓ DE LES DECISIONS EMPRESARIALS QUE ORDENEN ELS TRASLLATS, ELS DESPLAÇAMENTS I LES MODIFICACIONS:

Com comentava adés, les mesures de reorganització empresarial gaudeixen d'una autonomia pròpia respecte als acomiadaments per causes empresarials. Certament, els trasllats, els desplaçaments, les modificacions, les suspensions i els acomiadaments són mesures que l'ordenament jurídic ofereix a l'empresari per superar diferents problemes que poden afectar el funcionament de l'empresa i inclús amenaçar la continuïtat del projecte empresarial a curt o llarg termini. Però com sabem, cadascuna d'aquestes mesures té un règim jurídic diferent i tracten de superar desequilibris empresarials ben diferent.

Tanmateix, la delimitació i separació d'aquestes mesures no impedeix que davant una reestructuració empresarial les parts implicades analitzen totes aquestes mesures amb l'objectiu de reduir l'abast de la reestructuració empresarial. Però en altres ocasions, l'adopció d'aquestes mesures estarà causada per l'acomiadament, perquè l'expedient podrà generar la necessitat de crear un nou organigrama empresarial. En

⁹⁶² STC 27/2004, 4 de març, STC 119/2002, 20 maig. Aquestes resolucions fan referència als convenis col·lectius però, podem extrapolat l'argumentació que fa el TC als acords col·lectius d'empresa. Sobre aquestes qüestions, el TC considera que el principi d'igualtat ha d'aplicar-se amb un cert matis en aquests pactes i l'hem de fer compatible amb el principi d'autonomia col·lectiva. Ni l'autonomia col·lectiva pot, a través del producte normatiu que d'ella deriva, establir un règim diferenciat en les condicions de treball sense justificació objectiva ni sense la proporcionalitat que la mesura ha de posseir per a ser conforme amb el l'art 14 CE, ni en aquest judici pot marginar-se les circumstàncies concurrents que han tingut en compte els que es troben negociant, sempre que resulten constitucionalment admissibles.

⁹⁶³ STSJ de Madrid, 25 abril de 1996, Ar. 2033.

definitiva, malgrat que durant la negociació de l'expedient, les parts poden treure a col·lació totes aquestes mesures de reorganització, aquestes no han de ser autoritzades per l'autoritat laboral i tenen un règim jurídic específic. Així i tot, les analitzarem breument perquè poden ser acordades durant la negociació de l'expedient. Però en tot cas, aquestes mesures són qüestions adjacents al tema principal d'aquest treball que és: els acomiadaments col·lectius.

Feta aquesta breu explicació, començarem dient que malgrat allò dit en les resolucions comentades anteriorment en les quals afirmaven que: “no és possible la impugnació de l'acord a través de la jurisdicció social, perquè a través d'ella impugnem la resolució administrativa que l'homologa i la resolució només pot ser impugnada davant l'ordre contenciós administratiu”, els treballadors podran impugnar les diferents mesures adoptades per l'empresari emparant-se en l'acord o l'incompliment per part de l'empresari d'allò acordat.

Aquest plantejament respon a la mateixa lògica del procediment de regulació d'ocupació. Com sabem, en finalitzar el procediments ens podem trobar: un acord col·lectiu, una resolució administrativa que habilita l'empresari per materialitzar el seu projecte d'acomiadament i un acte empresarial posterior en virtut del qual ordena els acomiadaments i la resta de mesures pactades. Així doncs, l'objecte de la impugnació no serà ni la resolució ni segurament l'acord que preveu la mobilitat geogràfica o les modificacions substancials, sinó la decisió empresarial que ordena el trasllat o la modificació sobre els treballadors.

L'ordre competent per a conèixer aquestes impugnacions serà el social perquè no tractem d'impugnar ni l'autorització ni els motius que permeten dur a terme la reorganització empresarial, ni pretenem la seua revisió en via judicial, allò que volem és impugnar la decisió empresarial d'execució de la mesura en virtut de la qual ordena el trasllat o la resta de mesures. Per tant, ens trobem davant un conflicte laboral entre l'empresari i els treballadors i això implica que la jurisdicció competent per tal de conèixer aquestes controvèrsies serà la jurisdicció social, art 1 LLPL.

A més, algunes resolucions judicials admeten que a l'hora de determinar la jurisdicció competent cal diferenciar entre les impugnacions que pretenen impugnar la conformitat de la resolució i aquelles altes derivades del seu compliment o execució. Les primeres són competència de l'ordre contenciós però, les altres de l'ordre social⁹⁶⁴. Així doncs, els treballadors afectats pels trasllats, desplaçaments o modificacions podran impugnar les mesures organitzatives per entendre que aquestes no s'ha realitzat o s'han dut a terme en contra d'allò acordat i ho podran fer a través de l'acció individual reconeguda en l'art 42 ET.

7.4.1) IMPUGNACIÓ INDIVIDUAL DE LES MESURES DE REORGANITZACIÓ:

A l'hora d'analitzar la possible impugnació de les mesures reorganitzatives previstes en l'art 40 ET cal tenir en compte que el precepte diferencia entre trasllats individuals i col·lectius i preveu diferents vies d'impugnació: impugnacions individuals o plurals i impugnacions col·lectives. La primera via d'impugnació està atribuïda als

⁹⁶⁴ STSJ de la Comunitat Valenciana, 21 de juny de 2005, Ar 2131.

treballadors i el procediment que caldrà seguir serà el previst en l'art 138 LLPL. En canvi, les segones impugnacions estan reservades als representants dels treballadors i caldrà seguir el procediment de conflictes col·lectius, art 151 LLPL.

A l'hora d'analitzar aquests problemes, seguirem aquest esquema i diferenciarem els dos procediments. Així doncs, començarem per la primera de les possibilitats: impugnacions individuals o plurals. Segons preveu l'art 40 ET una de les opcions que tenen els treballadors afectats per un trasllat ordenat per l'empresari és impugnar-lo judicialment.

Si analitzem amb cura tant l'art 40 ET que regula els trasllats i els desplaçaments com l'art 41 ET que regula les modificacions substancials de les condicions de treball, hem d'arribar a dues conclusions: en primer lloc, sembla que els preceptes en qüestió no permeten impugnar l'acord col·lectiu que regula aquestes mesures, sinó la decisió empresarial en virtut de la qual es duen a terme. En segon lloc, tant l'art 40 com l'art 41 preveuen dues vies d'impugnació contra aquestes mesures: *el procediment previst en l'art 138 LLPL* i *la via de conflicte col·lectiu* 151 LLPL, però de moment ens centrarem en les impugnacions individuals.

Com comentàvem, els treballadors que es mostren disconformes amb la decisió empresarial podran impugnar aquestes mesures davant al jurisdicció social, art 40.1 ET. Aquesta impugnació serà possible malgrat l'existència d'un acord que recull aquestes mesures, ja que el mateix art 40 i 41 preveuen que contra aquesta decisió es podrà impugnar en conflicte col·lectiu, *sense perjudici de l'acció individual*. A més, l'article diu que l'acord sobre aquestes mesures s'entendrà sense perjudici del dret d'opció dels treballadors, art 42.2 ET. Per tant, malgrat l'existència d'un acord col·lectiu sobre aquesta matèria, els treballadors conserven una acció individual per poder impugnar aquestes decisions. Ara bé, l'exercici de l'acció no suspèn l'executivitat de la mesura empresarial.

El procediment previst en l'art 138 LLPL s'iniciarà amb la demanda interposada pels treballadors afectats per les mesures de reorganització i haurà de reunir els requisits recollits en l'art 80 LLPL. La demanda haurà de ser interposada en un termini de vint dies hàbils que començaran a computar a partir de la notificació d'aquella decisió empresarial. Com parlem d'una decisió que ha estat adoptada emparant-se en un acord col·lectiu subscrit entre l'empresari i els representants dels treballadors, la demanda anirà dirigida contra aquells subjectes. Els treballadors poden fonamentar la seua demanda en una pluralitat de raons: la selecció dels treballadors, les raons al·legades per a traslladar, incompliments dels requisits formals previstos legalment o vulneració de preferències de permanència.

Pel que fa al procediment, aquest serà urgent i li donaran tramitació preferent. Tanmateix, si durant el procés plantegen una demanda de conflicte col·lectiu pels representants dels treballadors contra la decisió de l'empresari, aquest procés es suspendrà fins que resolgueren la demanda de conflicte col·lectiu. En qualsevol cas, l'òrgan judicial comptarà amb un termini de deu dies per a poder dictar la sentència, una sentència que serà immediatament executiva i contra ella no cabrà recurs. La resolució judicial haurà de declarar justificada, injustificada o nul·la la decisió empresarial.

El tribunal entendrà que la mesura no està justificada, quan no estiguen acreditades les causes al·legades. En aquest cas, el treballador haurà de ser reposat en les seues anteriors condicions. Si l'empresari ho incomplira o la reincorporació es fera de forma irregular, el treballador podrà sol·licitar l'execució de la sentència i l'acomiadament per incompliments empresarials, art 50.1.c ET.

El trasllat serà considerat procedent quan queden acreditades les raons invocades per l'empresari. En aquest cas, com l'exercici de l'acció no suspèn l'executivitat del trasllat es mantindria la validesa de la mesura. En darrer lloc, el tribunal declararà la mesura nul·la, quan la decisió s'ha realitzat en frau de llei. En aquests supòsits, els treballador haurà de ser reposat en les seues antigues condicions.

7.4.2) IMPUGNACIÓ DE LES MESURES REORGANITZATIVES PELS REPRESENTANTS DELS TREBALLADORS: LA VIA DE CONFLICTE COL·LECTIU

Però no només els treballadors afectats podran impugnar les mesures de reorganització, també els representants dels treballadors ho podran fer, art 42.2 ET, encara que en algunes ocasions aquesta possibilitat pot anar en contra de la doctrina dels actes propis. Així doncs, si ambdues parts han acordat unes mesures en un acord, no sembla coherent que després impugnen l'execució d'una mesura realitzada emparant-se en allò acordat. En canvi, sí que pot tenir sentit la impugnació d'aquestes clàusules realitzada per la representació dels treballadors, quan entenen que aquesta mesura s'ha realitzat en contra d'allò acordat, quan existeixen discrepàncies en relació amb allò recollit en l'acord o quan al·leguen un vici que condiciona el seu consentiment.

Segons l'art 42 ET, quan aquestes mesures tenen una naturalesa col·lectiva caldrà iniciar una negociació amb els representants dels treballadors i en concloure aquesta, l'empresari haurà de notificar als afectats aquesta decisió. Tanmateix, contra aquesta decisió es podrà impugnar en conflicte col·lectiu, sense perjudici de l'acció individual que gaudeixen els treballadors individualment.

El procediment de conflictes col·lectius és un procediment urgent i a través d'ell impugnam les mesures que afecten els interessos generals d'un grup genèric de treballadors, art 151.1 LLPL. A través d'aquest procediment es podrien impugnar els trasllats i la resta de mesures ordenades per l'empresari, quan aquestes s'han realitzat en contra d'allò acordat, s'han dut a terme incorrectament o sense respectar les previsions de l'art 40 o 41 ET. Aquesta seria una nova possibilitat per a qüestionar la decisió sobre la reorganització empresarial. Això sí, la interposició del conflicte col·lectiu paralitzarà la tramitació de les accions individuals iniciades, art 40.2.c ET i a més, aquest procediment només podrà ser iniciat pels representants dels treballadors en els termes expressats en l'art 152 i 153 LLPL .

7.5) CONFLICTES D'INTERPRETACIÓ SOBRE L'ACORD COL·LECTIU O SOBRE ALGUNES DE LES SEUES CLÀUSULES: EL PROCEDIMENT DE CONFLICTE COL·LECTIU.

La jurisdicció social serà competent també per tal de conèixer les controvèrsies sobre la interpretació de l'acord col·lectiu i ho serà perquè a través d'aquestes impugnacions no tractem d'anul·lar o discutir la validesa de l'acord, ni la resolució

administrativa, ni tampoc pretenem evitar que l'empresari materialitze les mesures recollides en l'acord que ha estat homologat per l'autoritat laboral. Amb aquestes impugnacions allò que volem és aclarir el seu significat i resoldre les controvèrsies interpretatives que susciten algunes clàusules.

En relació amb aquestes controvèrsies, cal dir que és possible que les parts pacten la creació d'una comissió de seguiment de l'acord que tindria com a funcions vigilar el compliment de l'acord i solucionar els possibles dubtes sobre alguns dels seus continguts o les discrepàncies sobre la forma de dur a terme alguns dels compromisos i mesures previstes en l'acord. Però davant possibles controvèrsies interpretatives, les parts també podran recórrer judicialment. Així doncs, el mitjà més adequat per a reconduir aquestes impugnacions serà segurament el procediment de conflicte col·lectiu, art 153 LLPL, un procediment que com s'ha comentat està reservat als representants dels treballadors.

Certament, l'art 153 de la LLPL no explicita textualment la possibilitat de tramitar a través d'aquest mitjà els conflictes interpretatius sobre un acord d'empresa i es limita a dir que a través d'aquest procediment es reconduiran aquells conflictes generals d'un grup genèric de treballadors que versen sobre l'aplicació i interpretació d'una norma estatal, *conveni col·lectiu, qualsevol que siga la seua eficàcia* o de una decisió o pràctica d'empresa.

La possibilitat d'acudir a aquesta via processal a l'hora de resoldre aquests conflictes no està exempta de dificultats entre altres coses, perquè el precepte no menciona els acords d'empresa. Així doncs, una interpretació literal del precepte impediria acudir a aquesta via però, una interpretació més amplia del concepte conveni col·lectiu ens permetria resoldre aquestes controvèrsies a través del procediment de conflicte col·lectiu.

Possiblement, l'expressió utilitzada en l'art 153 LLPL: *un conveni col·lectiu, qualsevol que siga la seua eficàcia* fa referència als convenis extraestatutaris i als estatutaris però, si admetem que aquests acords troben un emparament en l'art 37 CE perquè són una manifestació més de la negociació col·lectiva i tenen la mateixa naturalesa jurídica que els convenis, encara que són figures diferents, podríem admetre la possibilitat d'utilitzar aquesta via processal per a resoldre aquests conflictes.

Segons preveu l'art 158.3 LLPL, la sentència ferma dictada en aquest procés serà executiva des del moment en què es dicta i produirà efectes de cosa jutjada. En relació amb la seua immediata executivitat, cal recordar que en la majoria d'ocasions aquestes sentències tindran una naturalesa declarativa i es limitaran a interpretar allò que ha creat el conflicte, la qual cosa impediria la seua execució directa. En aquests supòsits, els possibles incompliments de d'allò dit en la sentència haurien de ser impugnats a través d'altre procediment a efectes d'aconseguir un pronunciament de condemna⁹⁶⁵.

Tanmateix, malgrat aquesta naturalesa declarativa de les sentències de conflicte col·lectiu, aquestes poden anar més enllà i recollir obligacions o anul·lar alguns continguts. Respecte als acords sobre la reestructuració, el tribunal a més de valorar la

⁹⁶⁵ MONTOYA MELGAR, A, "Comentarios a la Ley de procedimiento laboral", Navarra, ed. Aranzadi, 2003, pàg. 482.

seus validesa o la seua correcta aplicació, podrà declarar nul·les algunes de les seues clàusules perquè entén que les parts s'han extralimitat i no han respectat els límits legals imposats a qualsevol negociació. Aquesta situació es pot donar quan l'acord ha disposat de drets reconeguts com a indisponibles o quan algunes clàusules recullen una regulació menys favorable per als treballadors que la prevista en la norma legal. A més a més, en la sentència es pot condemnar determinades decisions adoptades per l'empresari per entendre que a dut a terme incorrectament els compromisos recollits en l'acord i li pot obligar a complir-los en els termes pactats. Això implica que la resolució judicial pot recollir obligacions que poden repercutir en les relacions individuals.

En darrer lloc, segons preveu la LLPL, la sentència dictada en el procés de conflicte col·lectiu tindrà uns efectes "generals", és a dir, que serà aplicable als subjectes que es troben afectats per la mesura col·lectiva i a més de ser immediatament executiva tindrà naturalesa de cosa jutjada respecte als processos iniciats i aquells que podrien plantejar-se en el futur, art 138.3 i 301 LLPL.

7.6) LA IMPUGNACIÓ DELS INCOMPLIMENTS O COMPLIMENTS DEFECTUOSOS DELS ALTRES POSSIBLES CONTINGUTS DE L'ACORD COL·LECTIU:

7.6.1) PRESUPOSTOS QUE HAN DE REUNIR LES CLÀUSULES DE L'ACORD PER TAL D'EXIGIR EL SEU COMPLIMENT PELS TREBALLADOR:

Com sabem, l'acord a més de preveure les mesures que hem analitzat fins aleshores, també pot preveure altres compromisos i deures que no suposen una ruptura del contracte i que poden tenir una naturalesa molt diferent: borsa de treball, drets de recol·locació, mesures formatives o compromisos sobre l'estabilitat d'ocupació a l'empresa. Precisament, aquesta falta de claredat respecte a la naturalesa dels "altres possibles continguts" pot fer que dubtem si el seu incompliment per part de l'empresari és pot impugnar i a través de quina modalitat processal. Així doncs, són dues les qüestions que analitzarem tot seguit: en quins casos existirà una obligació que pot ser exigida pels treballadors i en segon lloc, les conseqüències que es derivaran en cas d'incompliment.

Algunes d'aquestes clàusules plantegen dubtes sobre la seua naturalesa jurídica i sobre les possibilitats d'exigir el seu compliment. Es tracta per exemple d'aquelles clàusules que preveuen: un dret de retorn dels treballadors a l'empresa⁹⁶⁶, compromisos de recol·locacions en altres empreses del sector o del grup⁹⁶⁷, borsa de treball, mesures formatives i cursos de reciclatge, compromisos de no realitzar noves contractacions, compromisos de no realitzar hores extraordinàries, promeses de no tramitar nous

⁹⁶⁶ ACORS UNISONO, 10 febrer de 2004. <http://www.confia.net>. La clàusula 4 preveu que: la resta de treballadors indefinits afectats per la finalització del servei de particulars seran recol·locats en altres serveis UNISONO en similars condicions. L'Acord defineix que hem d'entendre per condicions "similars" i afegeix que si una vegada s'han conegut el número de baixes existeix un número d'indefinitos superior a les possibilitats de recol·locació de l'empresa, es comprometen a tramitar un expedient de suspensió dels contractes de treball per un període no superior a 6 mesos.

⁹⁶⁷ Acord signat el 16 de juny de 2004 i incorporat a l'expedient 33/2004. Empresa TREFILERÍAS QUIJANO. En la clàusula que té com a títol "Altres consideracions" es diu que en cas de tancament l'empresa optarà per la recol·locació en una empresa del grup a Cantàbria o indemnització de 45 dies de salari.

expedients de regulació durant un termini de temps⁹⁶⁸ o de no deslocalitzar part de la producció o de no externalitzar part de l'activitat.

Així a primera vista, ens podem adonar com de complicat és tractar de forma uniforme aquestes clàusules i donar un tractament únic, perquè no en tots els casos aquestes clàusules creen obligacions que ha de complir l'empresari i que poden ser exigides pels treballadors en cas d'incompliment. Aquesta és doncs, la clau per tal que el treballador pugui exigir el compliment d'allò acordat. En primer lloc, serà necessari que la clàusula inclogui una obligació nascuda d'un negoci jurídic i en segon lloc, l'incompliment produït per l'empresari ha de produir un dany en el treballador.

En principi, hauríem d'acudir a la clàusula concreta i analitzar els termes en què ha estat redactada i la intenció buscada per les parts⁹⁶⁹. Hem de tenir present que qualsevol d'aquestes matèries o clàusules poden tenir una naturalesa normativa o obligatòria, tot dependrà de la forma en què s'ha regulat i de la intencionalitat de les parts. Però evidentment, aquest tipus d'anàlisi no és possible en aquest treball i només podem esbossar algunes idees sobre la naturalesa d'aquestes clàusules i les conseqüències del seu incompliment.

El primer que hem de posar en relleu és que l'acord, des del meu entendre, tindrà naturalesa normativa i trobarà un emparament en l'art 37 CE. Tant és així, que sobre alguns aspectes de les relacions laborals introduirà una nova regulació que vincularà a tots els afectats i a les parts que l'han signat. L'acord sobre la reorganització empresarial podrà incloure unes clàusules normatives que crearan drets i obligacions no només entre les parts que han signat l'acord, sinó que també afectaran els treballadors. Però a més d'aquestes clàusules, en podrà recollir d'altres que tindran naturalesa obligacional, perquè només vincularan les parts que han signat l'acord. Es tractaria de compromisos o declaracions que les parts es comprometen a complir en la mesura de les seues possibilitats.

Aquesta diferenciació ens permet dir que l'acord inclourà unes clàusules que creen drets que poden ser exigits en cas d'incompliment o incompliment defectuós i altres que no creen drets susceptibles de ser reclamats. Per tal que els treballadors tinguin algun dret recollit en l'acord i puguem considerar que existeix un incompliment per part de l'empresari d'allò pactat, és necessari que aquestes clàusules imposen a l'empresari una obligació de resultats, de fer o de no, perquè en cas contrari ens trobarem amb uns compromisos de bones voluntats recollits en el pacte que difícilment

⁹⁶⁸ En el PREACORD subjecte a ratificació posterior de les parts entre Citibank España i la representació sindical, Madrid, 30 maig de 2000, en l'apartat 6 anomenat "Estabilitat", les parts preveuen renunciar a tramitar nous expedients. Concretament diuen que: el banc manifesta que fins al 30 de juny de 2002 no aplicaran allò disposat en l'art 51 i 52.c ET, excepte mutu acord. La garantia d'estabilitat que contempla aquest apartat no es mantindrà en els supòsits de: força major, fallida, suspensió de pagaments o fusió amb altres entitats. <http://www.confia.net>. Acord signat el 16 de juny de 2004 i incorporat a l'expedient 33/2004. Empresa TREFILERÍAS QUIJANO, preveu no externalitzar els serveis.

⁹⁶⁹ STSJ de Castella i Lleó, 28 de juny de 1994. Ar 2499: Aquesta resolució aborda un recurs de suplicació plantejat per un treballador contra la sentència d'instància i al·lega la incorrecta interpretació que va realitzar el tribunal d'instància sobre els pactes que signaren durant la reestructuració empresarial. En relació amb aquests acords, l'òrgan judicial considera que els acords adoptats amb la finalitat d'abordar la reestructuració s'inclouren en la resolució administrativa. A més, com a pactes col·lectius d'origen contractual han de ser interpretats tenint en compte la *vertadera intenció de les parts i la finalitat buscada* que hem de deduir dels actes coetanis posteriors conjugats amb els principis de bona fe i justícia material.

podrem impugnar per considerar que aquest no ha complit amb les obligacions i compromisos assumits en l'acord.

En algunes ocasions, l'acord col·lectiu podrà recollir clàusules en les quals l'empresari accepta voluntàriament limitar els seus poders d'organització. Aquestes clàusules recolliran normalment una obligació de fer o de no fer dirigida a l'empresari. Les obligacions de fer implicaran una actitud activa per part d'aquest: cursos formatius⁹⁷⁰ o borsa de treball. En canvi, les obligacions de no fer comportaran que l'empresari s'abstingui de realitzar determinades conductes durant un termini determinat i en general, tractaran de garantir altres compromisos assumits en l'expedient i més exactament els programes de recol·locacions.

Entre les obligacions de no fer inclouríem les següents: abstenir-se de realitzar noves contractacions, prohibició d'hores extraordinàries, no renovació de contractes temporals, abstenir-se de tramitar un nou expedient de regulació, d'externalitzar l'activitat o de deslocalitzar parts de la producció. Aquestes mesures també es poden fer dependre d'un esdeveniment futur: abstenir-se de tramitar més expedients o la resta de les mesures, si la situació empresarial s'estabilitza a curt termini.

En principi, sembla que aquestes clàusules tenen un caràcter normatiu i això generaria drets i obligacions que podrien ser reclamats en cas d'incompliment; és més, sembla que els treballadors afectats han de poder impugnar aquests tipus de d'incompliments. Restava només per analitzar les conseqüències d'aquests incompliments, els mitjans d'impugnació i la jurisdicció competent per a conèixer aquestes qüestions. Però, de moment ens analitzarem amb un poc de deteniment dos tipus de clàusules que els expedients de regulació poden recollir amb certa freqüència: clàusules que recullen compromisos sobre l'estabilitat en l'ocupació i clàusules que preveuen l'acomiadament amb un dret de retorn .

Aquest dos tipus de clàusules ens serveixen per a exemplificar les idees exposades fins aleshores, és a dir, que hi ha clàusules de l'acord que poden generar obligacions que poden ser exigides pels treballadors afectats i altres que més que obligacions i drets creen compromisos de comportament entre aquells que han signat l'acord col·lectiu i que difícilment podran ser exigits pels treballadors.

7.6.2) INCOMPLIMENTS DELS COMPROMISOS RELACIONATS AMB L'ESTABILITAT EN L'OCUPACIÓ:

No és tan estrany que els expedients de regulació pactats durant les consultes recullen clàusules relacionades amb l'estabilitat en l'ocupació. Es tracta de clàusules que limiten els poders d'organització de l'empresari i que impedeixen que aquest, en un moment posterior a l'expedient, pugui externalitzar part de la producció per causes empresarials, traslladar la producció o pugui realitzar un nou acomiadament col·lectiu. Aquestes mesures més que configurar-se com un contingut normatiu es configuren com

⁹⁷⁰ Empresa XFERA ERO 71/2001 fins a un màxim de 317 treballadors. A més de preveure la suspensió dels contractes i l'extinció dels contractes en les modalitats previstes en l'acord, l'expedient recull la següent clàusula: durant el temps de rescissió dels contractes i mentre el treballador es trobe en situació legal de desocupació, l'empresa es compromet a proporcionar cursos de formació presencial que considere necessaris i que corresponguen amb la titulació i funció del treballador en l'empresa i, amb un mínim de 12 mensualitats per persona i haurà d'informar en tot cas a la comissió de seguiment.

un contingut obligacional. Certament, hem de descartar que aquestes clàusules no generen drets i obligacions que poden ser exercitats pels treballadors, més aviat creen compromisos que les parts tractaran de complir en la mesura de les seues possibilitats, regles de comportament que l'empresari decideix assumir.

No obstant això, l'efectivitat d'aquests compromisos és si més no limitada. És a dir, no tinc massa clar fins a quin punt, els representants dels treballadors podrien exigir el compliment d'aquests compromisos davant una nova crisi empresarial. Considere que si en un moment posterior es donen els requisits legals de l'art 51 o de l'art 52.c ET l'empresari comptarà amb base legal per poder tramitar els acomiadaments per causes empresarials.

Malgrat que aquestes clàusules que preveuen la prohibició de tramitar nous expedients, deslocalitzar l'empresa o externalitzar la producció impliquen una renúncia implícita de l'empresari a exercir els seus poders d'organització, reclamar el seu compliment resulta molt complicat per les raons apuntades anteriorment. Resulta complicat justificar que l'empresari no puga tramitar nous expedients o externalitzar part de l'activitat, si la situació empresarial no millora durant aquell termini de temps i concorren per tant, les causes per a poder adoptar de nou aquestes mesures. En aquestes circumstàncies em sembla difícil justificar que li puguem exigir a l'empresari que renunci a adoptar determinades mesures que poden ajudar a superar els problemes de viabilitat que té la seua empresa i que poden servir per a garantir la seua continuïtat futura⁹⁷¹.

7.6.3) INCOMPLIMENTS O COMPLIMENTS DEFECTUOSOS DEL DRET DE RETORN:

Com hem analitzat anteriorment, dins de les mesures que poden ser pactades per les parts per compensar els efectes negatius de l'acomiadament trobem les clàusules de retorn. En virtut d'aquestes clàusules i en determinades circumstàncies fixades en l'acord, el treballador acomiadat podria exercir un dret de retorn i reincorporar-se de nou a l'empresa. Aquestes clàusules plantegen diferents problemes relacionats amb la seua efectivitat, uns problemes que estan íntimament relacionats amb la possible naturalesa normativa o obligacional que podem atribuir a aquests pactes.

Abans d'endinsar-nos en els problemes concrets que presenten aquestes clàusules i en les possibilitats que tenen els treballadors per a exigir el seu compliment cal abordar unes qüestions prèvies. Deuríem començar dient que aquestes clàusules pactades col·lectivament gaudeixen dins del nostre ordenament jurídic de certa tradició legal, al menys en relació amb les reestructuracions empresarials. Recordem que tant l'art 39.1.c RDLL 17/1977 com l'art 52.c de l'ET de 1980 recollien la possibilitat que els treballadors acomiadats per causes empresarials pogueren incorporar-se de nou a l'empresa.

⁹⁷¹ NORES TORRES, LE, "El periodo de consultas en la reorganización productiva empresarial", op.cit, pàg. 296. Davant l'incompliment d'aquests compromisos, considera que el recurs a la reorganització productiva estarà obert en aquells supòsits en què l'empresa demostre que ha existit un substancial canvi de les condicions en virtut de les quals va subscriure aquell compromís. Es tractaria de donar joc a l'aplicació de la clàusula *rebus sic stantibus*".

En concret, la versió originària de l'ET preveia aquesta possibilitat només per a les amortitzacions de llocs de treball de tal forma, que el legislador preveia que si en el termini d'un any es creava de nou el lloc de treball amortitzat, el treballador acomiadat gaudia d'una preferència absoluta per a reincorporar-se a l'empresa. Els tribunals entenien que el dret de retorn només tenia vigència durant l'any que precedia a l'amortització i que a més, la preferència es referia només en relació amb el lloc de treball amortitzat⁹⁷². A més, es considerava que si l'empresa es negava a readmetre el treballador, com el dret de retorn es configurava com un dret de preferència absolut, l'acomiadament era nul, art 55.1 ET⁹⁷³.

No obstant això, a partir de la reforma del 1994 aquest dret de retorn és suprimit de l'ET i per tant, els pactes que preveuen la reincorporació de nou dels treballadors acomiadats tenen el seu origen en la voluntat de les parts, perquè no existeix cap precepte legal que regule aquesta possibilitat en relació amb les reestructuracions empresarials. Aquestes clàusules es recolliran o no en l'acord col·lectiu només si així ho volen les parts que es troben negociant l'expedient.

Igual que ocorre amb les clàusules del conveni, també en aquest cas sorgeixen dubtes sobre la naturalesa jurídica que tenen aquestes pactes i sobre l'efectivitat d'alguns compromisos que poden ser pactats col·lectivament. La disjuntiva es planteja a l'hora de discernir si aquestes clàusules tenen naturalesa normativa o obligatòria i per tant, que conseqüències es deriven del seu incompliment. Decantar-nos per una interpretació o altra no és una qüestió trivial, perquè depenent de la interpretació que fem extraurem unes conseqüències o altres⁹⁷⁴.

Quan parlem amb caràcter general de clàusules obligacionals ens referim a aquelles que d'alguna o altra forma regulen les relacions entre les parts que han signat l'acord o el conveni. Són clàusules que vinculen l'empresari i els representants dels treballadors i que alhora els imposen compromisos i regles de comportament. En canvi, les clàusules normatives tenen una finalitat reguladora⁹⁷⁵, el seu objectiu és regular diferents aspectes de la relació laboral i incidir en les relacions individuals i col·lectives. Es tracta de clàusules que vincularan les parts que han signat l'acord o el conveni però, també els treballadors. A més, a diferència d'allò que ocorre amb les clàusules obligacionals, actuaran com normes jurídiques, perquè contemplen drets i obligacions i seran susceptibles de reclamació judicial.

No obstant això, la qüestió plantejada és més complicada, ja que no existeix un grup de matèries que integren el contingut obligacional i altre que integren el contingut normatiu. En realitat, totes les matèries poden formar part del contingut normatiu o obligacional, tot dependrà de la voluntat de les parts, de la intenció o la finalitat buscada

⁹⁷² STSJ de Catalunya 31 octubre de 1991, Ar 5686.

⁹⁷³ BRIONES GONZÁLEZ, C., "La extinción del contrato de trabajo por causas objetivas. Un estudio del art 52 ET", op.cit, pàg. 202.

⁹⁷⁴ Malgrat aquesta interpretació, els tribunals consideren que: l'acord malgrat la seua naturalesa contractual pot tenir efectes de diferent naturalesa: el dret de retorn té naturalesa obligatòria, la indemnització té caràcter normatiu i altres continguts seran parcialment constitutius: SSTSJ Andalusia de 9 de juliol de 2004, Ar 1304, de 14 de febrer de 2003, Ar 3236.

⁹⁷⁵ STS, 21 de desembre de 1994, Ar 10346. El contingut normatiu del conveni està integrat per una part, pels pactes generals de caràcter formal que el configuren com norma jurídica i el contingut mínim previst en l'art 85.2 ET. I per altra part, pels pactes particulars que regulen les condicions de treball dels treballadors i dels empresaris, en el seu àmbit corresponent, tant en un aspecte individual com col·lectiu.

per aquestes durant les negociacions i dependrà també del contingut de la clàusula. De tal forma, que si aquesta va adreçada a les parts que han signat l'acord i estableix un compromís entre elles, entendrem que té una naturalesa obligacional. En canvi, si crea drets, si regula aspectes de la relació laboral, si vincula les parts i els treballadors, entendrem que tenen naturalesa normativa.

Si l'acord sobre la reorganització empresarial preveu un dret de retorn dels treballadors acomiadats, regula les condicions que ha de complir el treballador per poder exercir aquest dret, estableix terminis o l'ordre que l'empresa ha de seguir per a reincorporar els treballadors, considere que la voluntat de les parts és crear una clàusula amb valor normatiu⁹⁷⁶. En canvi, si l'empresa i els representants dels treballadors només pacten un compromís genèric en relació amb la reincorporació d'aquests treballadors i condiciona aquell pacte a l'evolució futura de l'empresa, considere que aquest compromís només vincularà les parts que han signat l'acord⁹⁷⁷. Aquesta clàusula no crearà un dret, sinó un compromís o unes regles de comportaments.

Si partim de la naturalesa normativa d'aquesta clàusula, hem d'entendre que arribat el moment en què es pot produir la reincorporació d'alguns treballadors acomiadats, l'empresari haurà de donar preferència als treballadors que extingiren el seu contracte de treball i no podrà per tant, al menys en principi i depenent dels termes de l'acord, contractar altres treballadors perquè els treballadors acomiadats gaudeixen d'un dret de retorn⁹⁷⁸.

⁹⁷⁶ Com a exemple d'aquests plantejaments podem exposar el Pacte de 7 d'abril de 1997 signat entre SEAT i el comitè intercentres dins del pla de reincorporacions dels treballadors que havien estat afectats per l'ERO 283/1993. El pacte preveia els següents compromisos: 1) Elaboració d'un catàleg de vacants per al personal indirecte, especificant la categoria, l'àrea i les característiques del lloc. 2) Els treballadors que reunesquen les característiques especificades ocuparan les vacants segons les seues categories professionals. 3) Tindran preferència els treballadors de major antiguitat. 3) Si en aquell moment no existeixen vacants adequades per a ells, ocuparan provisionalment altres llocs de treball, conservant els seus drets de categoria 4) Si el 31 de desembre de 1996 no s'han produït les vacants necessàries, les parts negociaran de nou amb la finalitat de buscar solucions individuals. Empresa XFERA MÓVILES, ERO 71/2001, fins a un màxim de 317 acomiadaments. En aquest expedient es recull una clàusula de retorn que preveu el següent: una vegada finalitzat el termini temporal de duració de l'expedient o quan les necessitats de l'empresa ho justifiquen, dins d'aquell període, l'empresa incorporarà a la seua plantilla els treballadors que hagen optat per acollir-se a la mesura complementària de rescissió amb dret de retorn. El dret de retorn es verificarà de forma directa i automàtica al dia següent del termini de l'ERO i es farà efectiu durant un període de tres mesos. L'empresa es compromet a reincorporar 1/3 dels afectats en cadascun dels tres mesos. Tindran preferència els treballadors que han exhaurit l'atur. La reincorporació garantirà la seua antiguitat d'origen, categoria, salari i la resta de condicions del contracte inicial.

⁹⁷⁷ Alguns Acords col·lectius regulen aquest dret de forma molt genèrica i això complica les possibilitats de determinar la seua naturalesa i reclamar el seu compliment: acord col·lectiu signat el 16 de juny de 2004 i incorporat a l'expedient 33/2004. TREFILERÍAS QUIJANO, SA: D) Recol·locacions en TRENZAS i CABLES DE ACETO PSC (12 treballadors). L'empresa donarà possibilitat de recol·locació en aquella empresa a 12 treballadors que compleixen el perfil de l'empresa, causen baixa en TQ i alta en TYCSA amb contracte indefinit i farà efectiva una indemnització. E) Recol·locacions en GLOBAL, STEEL WIRE, SA (6 treballadors). L'empresa triarà lliurement 5 treballadors que compleixen el perfil de l'empresa, causen baixa en TQ i alta en GSW amb contracte indefinit i una indemnització.

⁹⁷⁸ GÓMEZ CABALLERO, P, "El valor del acuerdo de regulación de empleo del art 51.5 ET y el derecho a contratar. Comentario a la sentencia del TSJ Andalucía de 3 abril de 1992", RL, 1992, n°18. Pàg. 478. Malgrat que l'autor qüestiona la naturalesa normativa de l'acord, comenta i analitza aquella resolució judicial que atribueix naturalesa normativa als acords de l'art 51 ET. Aquella resolució judicial va abordar la interpretació d'una clàusula de retorn recollida en un acord sobre la reestructuració empresarial. La qüestió era que durant les negociacions les parts signaren una clàusula en virtut de la qual, arribat el moment d'ampliar la plantilla, l'empresa havia de donar preferència als treballadors acomiadats però, depenent de la seua categoria professional, una preferència que s'extingia el 31 de març

Així doncs, si arribat el moment en què s'ha de produir la reincorporació aquesta no es produeix, hem d'entendre que el treballador podrà reclamar judicialment i al·legar l'incompliment d'aquella clàusula de l'acord i podran a més exigir el seu compliment. Però com podem reclamar el seu compliment i quines conseqüències es derivaran? Doncs bé, hem de començar dient que no existeix dins de la jurisprudència ni dins de la doctrina judicial una resposta uniforme.

Alguna sentència⁹⁷⁹ ha defès la naturalesa normativa d'aquests acords i en un supòsit en què l'empresari no va realitzar les recol·locacions acordades, va declarar que les noves contractacions realitzades per l'empresa eren nul·les per haver-se realitzat en contra de la prohibició recollida en l'acord. Malgrat que l'acord no prohibia realitzar noves contractacions, sí que recollia un dret de retorn dels afectats per tant, les noves contractacions impedièren realitzar els compromisos assumits en l'acord.

Per altra banda, alguns autors⁹⁸⁰ han entès que en relació amb els incompliments dels drets de retorn, els treballadors podrien exercir una acció d'acomiadament contra l'empresa. L'argument per a defensar aquesta possibilitat seria el següent: si no es realitza la reincorporació, es produirà un acomiadament i ens trobarem davant una situació similar a aquella que es produeix quan els treballadors fixos discontinus no són cridats per tal de reincorporar-se a l'activitat.

Ara bé, el problema és determinar el moment a partir del qual comença a computar el termini per a interposar l'acció. En la majoria d'ocasions, l'expedient de regulació té un termini de vigència dilatat en el temps, perquè els acomiadaments es poden fraccionar per tant, el dret de retorn sorgiria quan ha finalitzat aquell període. Segons aquest argument, si en finalitzar el període previst per a realitzar les reincorporacions aquestes no s'han produït, podríem exercir l'acció per acomiadament, perquè és obvi que l'empresa no té intenció de reincorporar els treballadors. El "dies a quo" per al còmput de l'excepció de caducitat començarà el dia en què finalitza el termini per a reincorporar els treballadors a l'empresa. A partir d'aquesta data comptarem amb un termini de 20 dies per a exercir la corresponent acció per acomiadament.

Malgrat que aquest plantejament defès per algun autor no deixa de tenir certa lògica, també cal dir que compta amb algunes objeccions. La principal objecció que podem fer a aquesta teoria és que els tribunals, en les poques ocasions en què s'han

de 1993. Arribat el moment, l'empresa contracta altres treballadors i el tribunal entén que el contracte és nul per ser contrari a la previsió prohibitiva recollida en l'acord subscrit per l'empresa i el comitè. A més, entén que l'acord plural és una normativa prohibitiva i constitueix un desenvolupament de l'art 37.1 CE, i ha de tenir primacia sobre la voluntat individual, art 3.1.c ET.

⁹⁷⁹ GÓMEZ CABALLERO, P, "El valor del acuerdo de regulación de empleo del art 51 ET y el derecho a contratar. Comentario a la STSJ de Andalucía de 3 abril de 1992", op.cit, pàg. 477 i següents.

⁹⁸⁰ NORES TORRES, LE, "El período de consultas en la reorganización productiva empresarial", op.cit, pàg. 294. El perjudicat pot exercir una acció d'acomiadament contra l'empresa. En aquest sentit, han posat en relleu la similitud d'aquests supòsits amb la situació en què queden els treballadors fixos discontinus quan es reprèn l'activitat i no són cridats per a treballar. En contra: STSJ de Madrid, 18 de maig de 2004, Ar. 2505. En relació amb l'incompliment del dret de retorn pactat en un expedient de regulació d'ocupació que preveia, el tribunal entén que no ens trobem davant un acomiadament perquè el contracte va quedar extingit quan va començar l'expedient, allò que existeix és una reclamació de la indemnització que li correspon per no haver complert l'empresa la seua obligació de retornar el treballador en els termes pactats.

pronunciat sobre el dret de retorn, no han sigut massa partidaris d'acceptar l'existència d'un acomiadament en aquests supòsits. Segons recull alguna resolució judicial⁹⁸¹ quan l'expedient acorda un acomiadament amb un dret de retorn, hem d'entendre que el contracte va quedar extingit en el seu moment a través de l'expedient, encara que l'empresa recull un compromís de reincorporar-lo posteriorment.

En aquest sentit, el dret de retorn es configura simplement com una preferència per a ser contractat de nou o per a accedir a l'empresa però, a través d'un nou contracte, perquè el nexa contractual que unia el treballador amb l'empresa va quedar extingit per la decisió empresarial basada en aquell expedient. Altra cosa és, que amb el nou contracte el treballador accedesca a l'empresa amb les mateixes condicions laborals que tenia amb anterioritat però, hem d'entendre que es tracta d'un nou contracte diferent al que tenia abans d'extingir-lo a causa de l'expedient de regulació.

En qualsevol cas, que els tribunals no siguin partidaris d'acceptar que els treballadors puguin exercir una acció per acomiadament, no significa que aquests no puguin de cap de les formes exigir algun tipus de reparació per aquests incompliments empresarials. Així doncs, l'antic TCT⁹⁸² va acceptar que en aquests supòsits els treballadors podien iniciar el procediment ordinari i sol·licitar una indemnització pels danys i perjudicis ocasionats per aquest incompliment.

7.7) LA INDEMNITZACIÓ PER DANYS I PERJUDICIS: UNA VIA PER TAL DE REPARAR ELS DANYS OCACIONATS PELS INCOMPLIMENTS EMPRESARIALS D'ALLÒ PREVIST EN L'ACORD COL·LECTIU:

Sembla que l'única possibilitat que tenen els treballadors per a demanar una reparació pels perjudicis ocasionats pels incompliments empresarials d'allò acordat és demanar una indemnització pels danys i perjudicis. Certament, aquesta possibilitat ens pot provocar certa estranyesa, perquè no estem massa acostumats a exigir aquest tipus de responsabilitat, que té el seu origen en les normes civils, davant incompliments produïts en una relació laboral.

En realitat no és que no puguem sol·licitar la indemnització per danys i perjudicis, el que ocorre més aviat és que les normes civils seran supletòries, és a dir, que a l'hora de determinar les conseqüències d'aquests incompliments haurem d'acudir a les normes laborals. Com diu el TS⁹⁸³ "l'aplicació al contracte de treball dels art 1101 i 1124 del Codi Civil és supletòria i no procedeix quan la matèria està regulada expressament en l'ET". És més, el contingut de la indemnització taxada en l'extinció del contracte de treball a través de les accions per acomiadament, d'extinció del contracte a instància del treballador, o a través de l'autorització administrativa,

⁹⁸¹ STSJ de Madrid, 18 de maig 2004. Ar. 2505.

⁹⁸² SSTCT de 12 de febrer de 1983, Ar 7399, 11 de febrer de 1886, Ar 807 i 3 de novembre de 1986, Ar 10703, 5 de maig de 1982, Ar 2653 i 13 de maig de 1982, Ar 2835. BADIOLA SÁNCHEZ, AM^a, "La nulidad de la extinción del contrato de trabajo", op.cit, pàg. 499. Considera que en els casos on l'empresari incompleix determinades clàusules o determinats comportaments adquirits durant el període de consultes, no podem considerar els acomiadaments nuls. Però, l'empresari podrà ser demandat per incompliments contractuals.

⁹⁸³ STS, 3 abril de 1997, Ar. 3047.

impedeix acudir a les normes civils per fonamentar una indemnització superior a la prevista en les normes laborals⁹⁸⁴.

Certament és així, però en aquests supòsits no discutim l'acomiadament per entendre que s'ha produït per algun vici (frau, dol, abús de dret) i demanem una indemnització superior pels perjudicis que ens ha ocasionat aquesta conducta⁹⁸⁵, sinó més aviat demanem la indemnització perquè l'empresari ha incomplert alguna de les mesures que havia d'acompanyar l'acomiadament. En aquests casos, no podem acudir a les normes laborals per a dirimir les conseqüències ni les responsabilitats d'aquests incompliments, perquè l'ET no regula ni el dret de retorn ni la resta de mesures, amb la qual cosa caldrà acudir a les normes civils.

Si acudim a les normes civils, aquestes consideren que els incompliments de les obligacions impliquen una infracció dels nostres deures. En principi, si l'empresari està obligat a no realitzar noves contractacions, hores extraordinàries o a respectar un dret de retorn, si realitza el contrari d'allò acordat, això suposarà un incompliment de les seues obligacions. Concretament, el Codi Civil preveu que si aquell que està obligat a fer una cosa no la fa, li manaran que l'execute a costa seua. Les mateixes conseqüències es derivaran quan ho faça contravenint el tenor de l'obligació, en aquest cas podran demanar-li que desfasa allò que està mal fet. Les mateixes apreciacions hem de fer en relació amb les obligacions de no fer, art 1098 i 1099 CC.

Però a més d'aquestes previsions, les normes civils preveuen la possibilitat de reclamar una indemnització pels danys i perjudicis. Així és desprèn de l'art 1093 i 1902 del CC que preveuen que aquells que per acció o omissió causen un dany a algú, si hi intervé culpa o negligència resta obligat a reparar el dany que ha causat. Ara bé, no qualsevol dany ni qualsevol incompliment podrà ser reclamat. Un dels pressupostos necessaris perquè nasca la responsabilitat civil és l'existència d'un incompliment de les obligacions derivades d'un negoci jurídic. És necessari a més, que l'incompliment gènere un dany en el treballador derivat de l'incompliment empresarial. En darrer lloc, serà necessari imputar aquella conducta a l'empresari⁹⁸⁶.

Aquest tipus de reclamacions seran tramitades davant la jurisdicció social i com la LLPL no en preveu res, caldrà seguir el procediment ordinari. Sobre aquesta possibilitat alguna resolució judicial⁹⁸⁷ ha manifestat que “en atribuir l'art 2.a LLPL a

⁹⁸⁴ STSJ Cantàbria, 7 octubre de 1997, Ar. 3669. STS, 23 d'octubre de 1990, Ar. 7709. Les indemnitzacions previstes en la legislació laboral estan fixades objectivament, amb independència dels perjudicis patits per aquells que les reclamen. STS, 3 abril de 1997, Ar. 3047: si l'incompliment és únic no pot generar una doble indemnització: una en l'esfera civil i altra en la del Dret del Treball. STS, de 7 de febrer de 1991, Ar 814. Les normes laborals que recullen indemnitzacions per acomiadament tenen en compte tots els possibles perjudicis que aquella extinció genera per als que la pateixen, tant els patrimonials com els extrapatrimonials.

⁹⁸⁵ STS, 3 abril de 1997, Ar. 3047. Segons la doctrina del TS, una vegada extingida la relació laboral en virtut d'expedient de regulació d'ocupació, en base als mateixos fets no podem plantejar una nova pretensió indemnitzatòria però ara basant-nos en l'art 1101 CC. En un mateix sentit: STSJ Cantàbria, 7 octubre de 1997, Ar. 3669.

⁹⁸⁶ SEMPERE NAVARRO, AV, SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C, “La indemnización por daños y perjuicios en el contrato de trabajo”, Pamplona, ed. Aranzadi, 2003, pàg. 61.

⁹⁸⁷ STSJ de Cantàbria, 7 octubre de 1997. Ar. 3669. Malgrat que desestima la pretensió dels treballadors, el tribunal declara que la jurisdicció laboral era la competent per a conèixer la reclamació sobre una indemnització per danys i perjudicis basada en la responsabilitat contractual. Els treballadors al·legaven frau en les extincions dels contractes causada per l'expedient. Concretament, la pretensió de danys i

l'ordre jurisdiccional social les qüestions litigioses entre treballadors i empresaris, la doctrina judicial entén que és irrellevant que la responsabilitat exigida en virtut del contracte de treball siga contractual o extracontractual. Allò decisiu és que la responsabilitat s'impute a incompliments laborals i no civils”.

Així doncs, davant alguns incompliments de compromisos recollits en l'expedient, els tribunals normalment accepten la possibilitat de reclamar aquesta indemnització de danys i perjudicis a través de la jurisdicció social. Concretament, davant la reclamació d'alguns treballadors de SEAT que demanaven aquesta indemnització perquè l'empresa havia incomplert les compensacions econòmiques derivades de l'expedient, el tribunal es va pronunciar en aquest sentit: “es tracta d'una reclamació de danys i perjudicis derivats de l'extinció de la seua relació laboral amb l'empresa a conseqüència dels incompliments que aquesta havia assumit en l'expedient. Així doncs, la reclamació no tracta de modificar la resolució administrativa i això fa que la jurisdicció competent siga la social”.

Segons aquesta resolució, davant aquests tipus d'incompliments, estariem davant un conflicte entre treballadors i empresaris a causa d'uns incompliments o a causa d'uns danys vinculats a la relació laboral. Amb la indemnització es tractaria de reparar o compensar el perjudici ocasionat i tractar d'aconseguir que “el patrimoni lesionat del treballador quede en una situació igual o equivalent a aquella que tenia abans de patir el dany”⁹⁸⁸.

Ara bé, davant els incompliments previstos en el pla social per part de l'empresari, no sempre podrem reclamar aquest tipus d'indemnització, entre altres coses perquè no sempre podrem demostrar l'existència d'un perjudici ocasionat per l'empresari en el treballador, ni podrem acreditar la realitat i l'abast d'aquell dany. Però davant determinats supòsits, el dany provocat per l'empresari directament en el patrimoni del treballador pot resultar més evident i inclús el podríem quantificar. Això és el que ocorre amb l'incompliment del dret de retorn provocat quan l'empresari no reincorpora els excedents o realitza noves contractacions passant per alt el dret de retorn d'aquests treballadors.

En cas d'incomplir el dret de retorn, la indemnització per danys i perjudicis podria donar lloc a una compensació econòmica equivalent a allò que hauria de rebre el treballador si s'hagués incorporat de nou a l'empresa més els interessos legals. Aquesta solució és similar a la que han donat els tribunals per a reparar els danys que l'anul·lació de la resolució administrativa en via judicial pot provocar en els treballadors. En aquests supòsits, els tribunals consideren que els treballadors no podran rebre salaris de tràmit des que extingiren el contracte per l'expedient fins que la resolució és anul·lada en la jurisdicció contenciosa però, el possible dany que ha pogut patir el treballador pot ser reparat a través de la indemnització per danys i perjudicis.

perjudicis basada en l'art 1101 CC per l'incompliment contractual de l'empresari, la basaven en el dany provocat per l'empresari als treballadors en extingir els contractes al·legant una causa econòmica que no existia.

⁹⁸⁸ STSJ de Catalunya de 7 octubre de 2004. Ar. 3217.

Com s'ha comentat en altres moments, els tribunals⁹⁸⁹ han considerat que en aquests supòsits, el treballador podrà reclamar la indemnització pels perjudicis (lucre cessant) causats a conseqüència de la falta de percepcions del seu salari durant aquell període. Això és així, perquè l'actuació empresarial ha pogut causar uns danys en el treballador equivalents als salaris que ha deixat de percebre.

També en aquells supòsits en què la incorporació dels excedents voluntaris es produeix amb retràs, els tribunals accepten la possibilitat de reclamar una indemnització per danys i perjudicis. Segons preveu alguna resolució judicial⁹⁹⁰, es presumeix que la reincorporació tardana dels excedents voluntaris dóna lloc a una indemnització per danys i perjudicis. La indemnització equival als salaris deixats de percebre a causa de l'incompliment empresarial des de la conciliació o reclamació administrativa prèvia a la reclamació judicial⁹⁹¹. No obstant això, el treballador ha d'acreditar els danys superiors que s'han pogut ocasionar. En canvi, correspon a l'empresari acreditar els fets que impedeixen satisfer aquesta indemnització.

Malgrat que existeixen moltes diferències entre aquells que extingeixen els seus contractes amb un dret de retorn i els excedents voluntaris, considere que la solució i l'argumentació recollida en aquella resolució judicial és pot aplicar al cas que hem analitzant.

VII. LES REESTRUCTURACIONS SOCIALMENT RESPONSABLES I NOVES FORMES DE PARTICIPACIÓ:

1. INTRODUCCIÓ:

Després d'analitzar el regim jurídic dels acomiadaments col·lectius és el moment d'analitzar les darreres propostes i debats que han començat a sorgir (principalment a nivell europeu) sobre les "reestructuracions socialment responsables" i els drets de participació dels treballadors en l'empresa a l'hora de gestionar els canvis als quals han de fer front les empreses i les reestructuracions i reorganitzacions empresarials. Al llarg d'aquest treball s'ha fet menció a aquests conceptes i a les possibilitats que aquests plantejaments poden oferir a l'hora d'enriquir el contingut de les consultes, però no s'ha entrat en detall sobre aquestes idees. En qualsevol cas, aquests nous plantejaments suposen, com analitzarem seguidament, una nova forma de practicar les reestructuracions i una nova concepció de l'empresa i de les relacions entre aquells que la integren.

Les reestructuracions empresarials són un fenomen conegut per tots, però en els últims temps aquestes han adquirit uns nous tints a conseqüència del nou context generat per la globalització econòmica, l'augment de la competència interna i

⁹⁸⁹ STSJ de Catalunya de 7 octubre de 2004, Ar. 3217, STSJ d'Andalusia de 2 març de 1999, Ar. 1711. STS, 17 gener de 2002, Ar. 3757: El diferent règim jurídic es basa en les diferències que les dues formes d'extinció presenten però, no afecta l'exigència de reparació dels perjudicis derivats d'un acomiadament col·lectiu que ha estat declarat nul.

⁹⁹⁰ STS de 12 de juny de 1996, Ar. 5067. STS de 23 de desembre de 1997, Ar. 9559.

⁹⁹¹ STS, 13 de febrer de 1998, Ar. 1805.

internacional i l'existència d'un entorn econòmic cada vegada més canviant i incert. Davant d'aquesta nova conjuntura econòmica, les empreses reclamen instruments que els permeten i els faciliten adaptar-se als processos de canvi que es produeixen en el mercat, perquè necessiten reestructurar-se o reorganitzar-se contínuament per a poder subsistir en ell. Aquestes no només han de competir amb les empreses del seu entorn més immediat, sinó també amb els països emergents.

Des de les instàncies comunitàries⁹⁹² destaquen que la Unió Europea, que es troba atrapada entre els seus grans socis industrialitzats i les economies emergents amb baixos costos de producció, afronta desafiaments creixents en matèria de competitivitat. L'esmentada situació s'acompanya d'un dèficit comparatiu de creixement i un retard important de les inversions en matèria de formació, investigació, i noves tecnologies, mentre que el numero de trasllats d'empreses europees augmenta com a conseqüència de la competència internacional.

Les reestructuracions empresarials apareixen com un element estructural de la present conjuntura econòmica que les imposa per a poder subsistir i assegurar la viabilitat futura de l'empresa o per a preservar la competitivitat de les empreses davant de la necessitat de competir amb els països emergents. Evidentment, aquesta no és l'única causa que està provocant les reestructuracions al llarg i ample d'Europa. Les mutacions econòmiques a què han de fer front les empreses deriven d'una pluralitat de factors: evolucions previsibles o inesperades, política assumida o crisi patida. En tot cas, les reestructuracions que s'han succeït en als darrers anys han deixat patent un canvi en els factors que les desencadenen.

Segons alguns estudis⁹⁹³ “En el període 2003-2005 l'Observatori de les Reestructuracions a Europa ha reconegut un total de 3.500 casos de reestructuració, una xifra amb importants repercussions sobre l'ocupació, perquè inclou la previsió d'un total de 1.551.828 de llocs de treball perduts i de 474.087 llocs de treball de nova creació”. A més, malgrat que Europa continua creant ocupació, les persones acomiadades no necessàriament accedeixen a les noves ocupacions creades, ja que la localització i les qualificacions requerides no són inevitablement les mateixes. Perquè els afectats per les reestructuracions puguin accedir a ells, és necessari que, entre altres mesures, anticipem els canvis i posem els mecanismes per a facilitar les transicions professionals.

Però si alguna cosa han deixat patent les reestructuracions que s'han produït en els últims anys a Europa, és precisament la necessitat de començar a practicar una nova forma de gestionar els processos de canvi i les reestructuracions empresarials, però això exigeix millorar la transparència informativa i la participació dels representants dels treballadors en la gestió de les reestructuracions.

La participació i la implicació dels representants dels treballadors en els processos de reorganització o reestructuració empresarial és decisiva per al seu èxit, però per a poder participar, negociar, fer propostes constructives sobre els plans empresarials, els representants dels treballadors han d'estar adequadament informats sobre les intencions empresarials, la situació de l'empresa i sobre les seues perspectives futures sobre els

⁹⁹² Dictamen del CESE sobre “La competitividad de las empresas”, 2005/C 120/17.

⁹⁹³ “Las Reestructuraciones en Europa”, CES, Butlletí de l'àrea d'estudis i anàlisis de l'Observatori de Relacions Industrials, n°86, desembre de 2005, pàg 1.

nivells d'ocupació. La informació és un instrument essencial per a prevenir i evitar una reestructuració futura, però també per a negociar aquella que és inevitable.

No obstant, en massa ocasions, els representants dels treballadors han ignorat els plans empresarials, les intencions de realitzar una reestructuració immediata amb importants efectes sobre els nivells d'ocupació en l'empresa o han desconegut l'envergadura de la situació empresarial, sobretot, quan es tracta d'empreses o grups internacionals. En el millor dels casos, aquests tenen accés a la informació massa tard, quan la reestructuració és immediata. I en el pitjor dels casos, l'empresa no els facilita tota la documentació i informació necessària per a entaular una negociació sobre la reestructuració empresarial i les mesures que es poden adoptar per a evitar o reduir els efectes més negatius dels acomiadaments i inclús s'han conegut casos on s'ha intentat eludir el període de consultes⁹⁹⁴.

Aquesta deficient transparència informativa sobre aquelles decisions empresarials que repercuteixen directament sobre els nivells d'ocupació, augmenta en la mateixa proporció que augmenta la dimensió de l'empresa. Quan més gran és aquesta, més dificultats existeixen per a accedir als centres de direcció i accedir a la informació sobre l'estratègia empresarial i els plans sobre les reestructuracions i reorganitzacions empresarials. En aquest sentit, no és estany que les empreses internacionals transmeten aquest tipus d'informació amb caràcter confidencial o secret o que la decisió de realitzar una reestructuració siga adoptada per la matriu i afecte empreses solvents situades en el nostre territori amb la intenció de consolidar l'estratègia global del grup.

En aquest context caracteritzat per contínues fusions i adquisicions, reestructuracions i reorganitzacions empresarials de naturalesa internacional, les instàncies comunitàries han constatat la insuficiència dels instruments interns i inclús comunitaris i internacionals quan es tracta de preservar tots els interessos de les parts implicades en les reestructuracions.

Aquestes preocupacions per part de la UE vénen de lluny, encara que s'han aguditzat en els últims temps davant de determinades reestructuracions empresarials. El tancament de la factoria de Renault en Vilvoorde (Bèlgica) en 1996 va iniciar un debat sobre l'efectivitat dels procediments d'informació i consulta en les reestructuracions empresarials i sobre la necessitat de començar a practicar una nova forma de gestionar-les.

La reestructuració de Renault a Bèlgica en 1996, no va ser ni la primera ni l'última que ha produït certa sorpresa entre els representants dels treballadors d'aquestes empreses. Però aquest escàndol va accelerar els treballs dins de la UE. El Grup Renault va facturar 184.100 milions de francs francesos en 1996 i tenia una penetració del 9,6% a Europa (el Quart grup del continent). En aquell any, tenia 35 centres de fabricació en tot el món. En 1995, va començar a reduir la seua activitat en la fàbrica de Setúbal (Portugal), que va abandonar definitivament en 1996, malgrat les importants subvencions concedides pel Govern portuguès.

En 1997, va decidir tancar també la planta belga, després d'haver realitzat inversions per valor de 25.000 milions de pessetes en el període 1993/95 per a modernitzar la seua

⁹⁹⁴ “Las empresas multinacionales y la Política Social”, op.cit, pàg 99.

factoria. La caiguda de la demanda en el mercat Francés en 1996, que va continuar en 1997, i els costos de fabricació de determinades plantes, li van portar a resultats econòmics negatius en 1996, després de nou anys seguits de beneficis, i van provocar una important reestructuració de plantilla. Malgrat les previsions previstes en la Directiva 98/59/CE i en la Directiva 95/45/CE, l'empresa ni va informar ni va consultar els representants dels treballadors de Bèlgica ni al comitè d'empresa europeu que tenia la seua seu a França.

El Tribunal de Versailles va considerar manifestament il·legal que una empresa important amb oficina central a França no informés i consultés els treballadors abans de fer pública la decisió de tancar una unitat de producció d'una filial belga que ocupava 3.000 treballadors, que s'enfrontaven a la possibilitat de la desocupació i als efectes adversos associats a ella.

Davant d'aquella desoladora realitat, les instàncies comunitàries van començar a treballar en dues direccions: en primer lloc, una vegada constatades les deficiències de la Directiva 95/45/CE, sobre el comitè d'empresa europeu, i les dificultats de garantir la consulta i la informació en les empreses o grups internacionals, van començar a treballar en la possibilitat de crear un marc general relatiu a la informació i consulta⁹⁹⁵.

Aquestes iniciatives, amb totes les seues insuficiències, han donat lloc a dos instruments interessants en el terreny de la participació, la informació i la consulta en les reestructuracions empresarials: la Directiva 2002/14/CE, per la qual s'estableix un marc general relatiu a la informació i a la consulta dels treballadors en la Comunitat Europea, i la Directiva 2001/86 per la que es completa l'Estatut de la Societat Anònima Europea pel que fa a la implicació dels treballadors.

En segon lloc, davant de determinades reestructuracions que han causat certa perplexitat, les instàncies comunitàries han començat a treballar en una nova forma de gestionar-les: “les reestructuracions socialment responsables”.

La idea que es troba subjacent, sobretot, en la Directiva 2002/14/CE, és precisament l'escassa repercussió pràctica que ha tingut el comitè d'empresa europeu o l'establiment d'un procediment d'informació i consulta amb els treballadors en les empreses i grups d'empresa comunitaris. Les instàncies comunitàries són conscients de l'escassa participació que han tingut aquests òrgans en més d'una reestructuració produïda en empreses internacionals, amb la qual cosa la seua efectivitat a l'hora de participar davant de determinades crisis empresarials ha sigut més aviat escassa⁹⁹⁶.

És per això que, a través de la Directiva 2002/14/CE, s'ha intentat establir un marc general sobre la informació i la consulta dels representants dels treballadors en la Comunitat Europea. Però més important encara, la Directiva insisteix en la necessitat d'incorporar en les polítiques d'empresa els conceptes d'anticipació i prevenció i ocupabilitat. Segons estableix l'exposició de motius de la Directiva, els instruments jurídics existents a nivell comunitari i nacional en matèria d'informació i consulta estan

⁹⁹⁵ “Nuevo Marco General sobre la información y la consulta de los trabajadores en la UE”, Butlletí de l'Observatori de Relacions Industrials, CES, n°54, 2002, pàg. 1.

⁹⁹⁶ “Nuevo Marco General sobre la información y la consulta de los trabajadores en la UE”, Butlletí de l'Observatori de Relacions Industrials, CES, n°54, 2002, pàg. 1.

orientats, bàsicament, cap al tractament a *posteriori* dels processos de canvi i no afavoreixen una autèntica previsió de l'evolució de l'ocupació en l'empresa.

Segons aquests plantejaments, és necessari promoure i reforçar la informació i la consulta sobre la situació i l'evolució probable de l'ocupació en l'empresa, sobre les eventuals mesures preventives previstes, sobretot, pel que fa a la formació i qualificació dels treballadors per tal de contrarestar els efectes negatius o les seues conseqüències i l'adaptació dels treballadors afectats. La millor forma d'aconseguir aquests objectius passa, segons la Directiva, per garantir la informació i la consulta amb suficient antelació, aquesta és una condició prèvia per a l'èxit dels processos de reestructuració i adaptació de les empreses a les noves condicions introduïdes per la globalització.

Quasi de forma paral·lela a aquestes iniciatives, les instàncies comunitàries han obert un debat sobre “la responsabilitat social de les empreses” i sobre una nova forma de gestionar les reestructuracions⁹⁹⁷. Segons es dedueix del Llibre verd, “fomentar un marc europeu per a la responsabilitat social de les empreses”⁹⁹⁸, la responsabilitat social suposa l'assumpció voluntària de compromisos que van més enllà de les obligacions reglamentàries i convencionals, i que les empreses haurien de complir. Es tracta d'elevat els nivells de desenvolupament social i de protecció del mediambient.

La idea és establir un model de governança obert que concilie els interessos de totes les parts implicades en un enfocament global de qualitat i viabilitat. Encara que una de les responsabilitats principals de les empreses consisteix a generar beneficis, aquestes poden contribuir a l'èxit dels objectius socials i mediambientals, integrant la responsabilitat social en les seues estratègies empresarials.

Aquests plantejaments han de repercutir en la gestió de les reestructuracions i en l'adaptació de les empreses als canvis que es produeixen en el mercat. Reestructurar des d'un punt vista socialment responsable implica que hem de tenir en compte tots els interessos de les parts implicades: els interessos econòmics, però també els socials. És necessari buscar la participació i la implicació de tots els afectats per mitjà d'una informació i una consulta oberta. Les reestructuracions han de preparar-se adequadament: identificant els riscos més importants, calculant tots els costos directes i indirectes de les estratègies, alhora que és necessari avaluar les mesures alternatives i les opcions que ens permeten reduir els acomiadaments⁹⁹⁹.

També en aquests plantejaments es troba subjacent la idea d'incorporar a les estratègies empresarials les idees de “anticipació”, “prevenció” i “ocupabilitat”. Segons algunes iniciatives que s'han produït en aquest àmbit, és essencial garantir una bona gestió de les reestructuracions. Adaptar-se al canvi és vital per a les empreses, com també ho és actuar ràpidament, perquè els permet preservar i desenvolupar la seua competitivitat. D'altra banda, per a mantenir la cohesió social és necessari aplicar

⁹⁹⁷ Per a més informació: ALONSO SOTO, F, “Estrategia europea de la responsabilidad social de las empresas”, MTSS, n°62, 2005. “Iniciativas y debates sobre responsabilidad social corporativa”, Butlletí elaborat per l'àrea d'estudis i anàlisis de l'Observatori de Relacions Industrials, n°73 agost-setembre 2004.

⁹⁹⁸ COM (2001) 366 final.

⁹⁹⁹ Comunicació a la Comissió “Reestructuracions i ocupació. Anticipar i acompanyar les reestructuracions per a desenvolupar l'ocupació: el paper de la UE”, COM (2005) 120 final.

polítiques d'acompanyament social per a minimitzar els costos socials i promoure la recerca de fonts alternatives d'ocupació.

En definitiva, les contínues reestructuracions produïdes al llarg i ample d'Europa i que han suposat milers d'acomiadaments i tancaments d'empreses¹⁰⁰⁰, han constatat les clares insuficiències de les Directives existents per a minimitzar l'impacte social de les reestructuracions en la societat, en el mercat de treball i en les zones on se situen les empreses. Les darreres Directives aprovades en matèria d'informació, consulta i participació han avançat en una de les idees previstes en l'Agenda Social Europea: la implicació dels treballadors en la gestió dels canvis.

Al mateix temps, aquests debats han evidenciat una idea que podíem intuir: els problemes internacionals exigeixen respostes internacionals per part del Dret i dels agents que intervenen en aquests processos. “Si les grans corporacions es fusionen a escala global i les empreses s'internacionalitzen, nosaltres hem de fer el mateix amb les estructures de les nostres organitzacions. Només així es poden elaborar estratègies internacionals i portar-les conjuntament a la pràctica”¹⁰⁰¹.

Al marge de les aportacions realitzades a través d'aquestes Directives en relació amb la participació dels representants dels treballadors, possiblement aquest siga un bon moment per a analitzar la conveniència de proposar el reconeixement de la negociació col·lectiva a nivell comunitari. En aquest sentit, en els darrers temps han sorgit alguns intents que avancen en aquesta direcció, em referesc als Acords Marcos Internacionals, encara que algunes empreses els denominen també Acords de Validesa Mundial o Declaracions sobre els drets socials i les relacions laborals.

Malgrat les dificultats que planteja aquesta possibilitat, sembla convenient treballar en aquesta direcció, perquè la decisió de dur a terme una reestructuració és adoptada per la matriu (amb certa col·laboració per part de les filials), però el projecte afecta diferents empreses dispersades per diferents estats, amb la qual cosa la capacitat de reacció de les organitzacions sindicals és escassa i se circumscriu a l'àmbit nacional, per la falta d'instruments jurídics eficaços, amb la qual cosa sembla necessari avançar en aquest terreny.

¹⁰⁰⁰ “Las Reestructuraciones en Europa”, Butlletí elaborat per l'Àrea d'Estudis i Anàlisi de l'Observatori de Relacions Industrials”, n°86, desembre 2005.

¹⁰⁰¹ KLAUS ZWICKEL, “Regulaciones mundiales”, el País, 28 d'octubre de 2006.

2. ELS PRINCIPALS PROBLEMES QUE RODEGEN A LES REESTRUCTURACIONS EN LES EMPRESES INTERNACIONALS:

FALTA DE TRANSPARÈNCIA INFORMATIVA I DIFICULTATS PER A ACCEDIR ALS CENTRES DE DIRECCIÓ.

En algunes ocasions, els sindicats han denunciat les dificultats que han tingut per a accedir a determinada informació sobre la situació empresarial i sobre possibles reestructuracions, així com les dificultats que existeixen per accedir i negociar amb aquells que realment prenen aquestes decisions principalment quan aquestes mesures són adoptades en empreses o grups internacionals.

Aquesta problemàtica està relacionada amb el tipus de relació que manté l'empresa amb les seues filials i amb la política de la societat. Alguns estudis¹⁰⁰² han destacat que la política de personal i la laboral del grup són elaborades per l'empresa matriu. De fet, normalment, l'estratègia del grup és prou centralitzada i és adoptada per la mateixa empresa matriu. No obstant això, per aplicar aquesta estratègia necessita la col·laboració de les filials, amb la qual cosa a l'hora d'adoptar determinades mesures relacionades amb el funcionament de l'empresa, algunes d'aquestes mesures poden ser decidides per la central i altres per les filials. No obstant això, sempre existirà una cooperació per a conciliar l'estratègia global del grup amb les peculiaritats de les altres empreses.

En tot cas, depenent de les relacions entre aquestes empreses, aquestes gaudiran de major autonomia a l'hora d'adoptar les seues decisions sobre l'empresa o quan es tracta de gestionar la política de personal. Lògicament, quant major siga la participació de capital de l'empresa principal sobre les altres, menor autonomia tindran aquestes per a adoptar decisions sobre la situació empresarial o sobre el personal. En tot cas, la major o menor autonomia de les empreses també dependrà del tipus d'organització. Quan més descentralitzat siga el model, més autonomia tindran les empreses que forma part del grup.

En funció d'aquestes relacions es procedirà a distribuir les competències i la forma d'adoptar les decisions empresarials. Normalment, aquelles decisions que no entren en contradicció amb l'estratègia global del grup i afecten exclusivament una de les empreses poden ser adoptades per aquestes. En canvi, quan la decisió afecta l'estratègia del grup, l'adopció de la mesura empresarial és més complicada i dependrà de les relacions entre les empreses. Possiblement, la decisió de realitzar una reestructuració empresarial és adoptada entre l'empresa principal amb col·laboració de les altres a través de consultes estretes¹⁰⁰³ on tractaren de conciliar l'estratègia global del grup amb la situació d'una d'elles.

¹⁰⁰² Per a més informació: CHEVRON, J-J, (Coor), "Empresas multinacionales: información y consulta sobre sus planes de mano de obra", OIT, 1ªed. 1986. pàg. 157 i següents.

¹⁰⁰³ CHEVRON, J-J, (Coor), "Empresas multinacionales: información y consulta sobre sus planes de mano de obra", OIT, 1ªed. 1986. pàg. 157.

En aquest sentit, alguns estudis destaquen que l'autonomia real de les filials estrangeres de les grans multinacionals en matèria d'ocupació és major del que podem pensar, sobretot, quan es tracta de contractar o acomiadar en funció de la situació conjuntural. En canvi, el pes de l'empresa matriu és major quan es tracta de decidir mesures de major rellevància, com ocorre amb els acomiadaments col·lectius. De fet, no és estrany trobar-nos amb directrius internes de les multinacionals, previstes en els seus manuals o guies sobre el funcionament intern, que estableixen que la política de personal i les relacions de treball només podrà ser decidida per les direccions de les filials en funció de la situació local¹⁰⁰⁴.

En tot cas, i amb independència del tipus de relació que poden mantenir aquestes empreses i del tipus de sistema que adopten per a decidir aquelles mesures empresarials que afecten els nivells d'ocupació en l'empresa, la veritat és que tant la Directiva 98/59/CE com la Declaració Tripartida de l'OIT, estableixen que l'empresa haurà d'informar d'aquestes mesures als representants dels treballadors i sotmetre a consulta el projecte sobre la reestructuració. En aquest sentit, la declaració tripartida de l'OIT recomana que les multinacionals haurien d'informar amb suficient antelació als governs i als representants dels treballadors sobre aquelles decisions que poden afectar els nivells d'ocupació. Aquesta obligació es predica especialment quan es tracta de fusions, adquisicions, transferència de producció o acomiadaments col·lectius, art 26 de la Declaració Tripartida de l'OIT.

No obstant, i malgrat aquesta i algunes previsions més, la forma d'organitzar-se i la forma de decidir aquest tipus de mesures dificulta molt la possibilitat que els representants dels treballadors accedesquen als centres on s'adopten i es decideixen aquestes mesures i inclús moltes vegades desconeixen molta de la informació que poden necessitar quan es tracta d'iniciar un procés de consulta sobre la reestructuració. En aquest sentit, des de fa molt de temps els representants dels treballadors han constatat aquestes dificultats, sobretot, quan les empreses no tenen uns nivells raonables d'autonomia per a poder decidir aquestes mesures, perquè al final qui decideix sobre la seua oportunitat o no és l'empresa central.

Aquestes dificultats feien i fan que els procediments de consultes sobre les reestructuracions foren massa lents. Inclús, de vegades, poden existir dubtes sobre la validesa o eficàcia d'aquestes consultes, perquè quan major transcendència té aquestes mesures empresarials i sobretot si estan relacionades amb l'estratègia del grup, més determinant serà la decisió de l'empresa matriu. De fet, en algunes ocasions les consultes no han servit de molt perquè les filials no tenien prou capacitat per a decidir.

Però, en relació amb les multinacionals, les dificultats dels representants dels treballadors no es limiten a les evidents dificultats que aquests tenen quan es tracta d'accedir als centres on es prenen les decisions, a més, en aquest tipus d'empresa han predominat deficiències importants en relació amb la transparència informativa. En algunes ocasions, els representants dels treballadors han denunciat que han desconegut les propostes sobre futures reestructuracions empresarials o tenien coneixements d'elles quan la mesura ja estava decidida o quan ja estava pràcticament adoptada o inclús en

¹⁰⁰⁴ "Las empresas multinacionales y la política social", OIT, 1977, n°79. RIT.

algunes ocasions han intentat eludir les consultes amb els representants dels treballadors¹⁰⁰⁵.

Especialment escandalosos han sigut alguns dels casos que han arribat a l'OIT a través del procediment d'interpretació de les disposicions de la Declaració Tripartida de l'OIT. En el cas Belga núm.2 (1997-1998), la multinacional va decidir tancar una de les seues filials situada a Bèlgica. L'empresa va informar els treballadors i a l'autoritat competent després de realitzar la reestructuració. A través de diferents resolucions judicials van exigir a l'empresa que realitzés les consultes i va prohibir a la matriu o al dirigent del grup el tancament de l'empresa fins que complira amb les consultes¹⁰⁰⁶. Davant d'aquests fets, l'OIT va repetir el que deia l'art 26 de la Declaració Tripartida: les empreses han d'informar amb suficient antelació sobre aquestes decisions i han de complir amb el període de consultes.

A la mateixa conclusió va arribar en el cas Belga núm.1 (1987-1988). En aquesta ocasió, la filial belga d'una multinacional francesa va informar el comitè d'empresa que tancava l'empresa aquell mateix dia. No obstant això, al final, i després de tancar l'empresa, es van iniciar unes negociacions i van aconseguir arribar a un acord sobre el plans social¹⁰⁰⁷. Evidentment, en aquestes circumstàncies, els representants dels treballadors no han tenen massa temps per poder oposar-se a aquests projectes empresarials i fer propostes, tal com estableix no sols la Directiva 98/59/CE, sinó també la Declaració Tripartida.

Tanmateix, el més preocupant no és que la informació sobre les reestructuracions no arribe als representants dels treballadors amb suficient antelació, el més criticable és possiblement, que en algunes ocasions les decisions sobre les reestructuracions han tingut un caràcter confidencial. Aquest secret era major quan major era la competència en el sector on actuava l'empresa. Amb la qual cosa, per a

¹⁰⁰⁵ IBM va anunciar en el 2005 una reestructuració empresarial a Europa amb l'objectiu de modificar l'estratègia i millorar els beneficis, perquè havien disminuït les vendes en alguns països i no havien aconseguit els beneficis previstos. Segons les seues previsions, la reestructuració afectaria el 4% o al 3% de la filial espanyola i acomiadaria aproximadament 250 treballadors a través de baixes incentivades i prejubilacions. Davant d'aquests fets, el comitè d'empresa va denunciar que no havia rebut cap informació de l'empresa i a més aquesta havia iniciat negociacions amb alguns treballadors. Amb la qual cosa, sol·licitaven una reunió amb l'empresa amb l'objectiu que aquesta els informés sobre: els models d'ofertes proposats als treballadors, les condicions en què s'anaven a produir els acomiadaments i els departaments que es veurien afectats. Cinco días, 6 de maig del 2005, p.3. Un cas semblant ha estat denunciat per la Federació Internacional de Treballadors del tèxtil, vestuari i cuir. Aquesta organització ha fet públic que l'empresa Fruit of the Loom, davant de la caiguda de quotes en 2005, va transferir les seues operacions al Marroc. La conseqüència ha estat que 650 treballadors irlandesos s'han quedat sense treball. L'empresa ni tan sols va notificar la decisió als treballadors, els quals van tenir notícies del tancament per la televisió. Federació Internacional de Treballadors del tèxtil, vestuari i cuir. <http://www.itglwf.org>.

¹⁰⁰⁶ Cas Belga n°2 (1997-1998). La interpretació del cas pot ser consultada en la pàgina de l'OIT (Multinacionals i política social): <http://www.ilo.org/public/spanish/employment/multi/paragraph.htm> Les interpretacions realitzades a través d'aquest procediment es publicaran també en el Diari Oficial de l'OIT o en la base de dades: ILOLEX disponible en la pàgina de l'OIT.

¹⁰⁰⁷ Cas Belga n°1 (1987-1988). La interpretació del cas pot ser consultada en la pàgina de l'OIT (Multinacionals i política social): <http://www.ilo.org/public/spanish/employment/multi/paragraph.htm> Les interpretacions realitzades a través d'aquest procediment es publicaran també en el Diari Oficial de l'OIT o en la base de dades: ILOLEX disponible en la pàgina de l'OIT.

evitar que la posició del grup es pogués veure afectada, el grup anunciava la reestructuració quan la decisió ja estava adoptada o tènia un caràcter immediat¹⁰⁰⁸.

De vegades, el desconeixement per part dels representants dels treballadors arribava inclús a la situació econòmica i financera del grup o a la seua estratègia, perquè mantenen moltes reticències quan es tracta de facilitar informació sobre el funcionament del grup i sobre les seues activitats i evidentment sobre les relacions internes que mantenen aquestes empreses, amb la qual cosa aquests només poden accedir a la informació sobre la situació de la filial. Evidentment, aquest desconeixement impedeix que puguen prevenir aquestes reestructuracions i proposar mesures alternatives i actuar anticipadament.

No obstant, en relació amb els drets d'informació dels representants dels treballadors, el TJCE¹⁰⁰⁹, en relació a determinada informació sol·licitada per saber si podien constituir un comitè d'empresa europeu, ha considerat que determinada informació sobre el grup normalment tindrà un caràcter reservat, amb la qual cosa la direcció central no està obligada a facilitar-la. Aquesta informació pot estar referida a les vinculacions que mantenen les empreses entre elles i a l'estratègia global del grup.

Evidentment, el caràcter reservat d'aquesta informació impedirà que els representants dels treballadors puguen percebre clarament l'estructura del grup, les seues operacions i els seus plans futurs. En moments de prosperitat econòmica aquesta informació pot ser irrellevant, però en altres circumstàncies aquesta informació pot ser molt important, no sols per a negociar amb l'empresa en cas d'una reestructuració empresarial, sinó també per a informar els treballadors de les possibles mesures que poden adoptar i que poden afectar els seus interessos i per a exercir la seua llavor reivindicativa i representativa.

Davant aquelles situacions comentades fins al moment, la UE ha manifestat que les dificultats que presenta garantir aquests drets d'informació en els grups d'empreses és conseqüència, principalment, de l'incorrecte funcionament dels instruments que tenim. En concret, considera que els procediments d'informació i consulta amb els representants dels treballadors previstos en les legislacions i pràctiques dels Estats, no s'adapten a l'estructura de l'entitat que adopta la decisió que afecta els treballadors¹⁰¹⁰.

La UE reconeix que els marcs jurídics nacionals i comunitaris sobre aquesta matèria, tracten d'assegurar la informació i la negociació durant les reestructuracions empresarials, però no recullen una regulació preventiva adequada destinada a informar sobre els factors econòmics d'aquestes decisions o sobre la prevenció dels riscos. Dit en altres paraules, les normatives vigents no han aconseguit instaurar uns bons mecanismes dirigits a informar sobre la situació de l'empresa amb l'objectiu d'adoptar una postura preventiva.

Però aquestes dificultats no sols són evidents en la normativa comunitària, sinó també en la internacional, que a més compta amb alguns problemes més quan es tracta

¹⁰⁰⁸ CHEVRON, J-J, "Empresas multinacionales: información y consulta sobre sus planes de mano de obra", op.cit, pág. 95

¹⁰⁰⁹ STJCE, 26 de setembre de 2000. Afer: C-62/1999. Afer: Bofrost.

¹⁰¹⁰ Directiva 94/45, de 22 de setembre de 1994.

de garantir la informació i la consulta sobre les reestructuracions empresarials. A la vista d'aquestes situacions, sembla necessari analitzar els diferents instruments internacionals i comunitaris que tracten de garantir la informació i la participació dels representants dels treballadors en les reestructuracions empresarials, fins a arribar a les propostes més recents que propugnen la necessitat de practicar una altra forma de gestionar les reestructuracions i l'adaptació de les empreses als canvis en el mercat.

3. LA PARTICIPACIÓ DELS REPRESENTANTS DELS TREBALLADORS EN L'EMPRESA DES DE LA PERSPECTIVA DE LA NORMATIVA INTERNACIONAL:

Com explicava anteriorment, actualment resulta més convenient que mai emmarcar la globalització per mitjà de normes internacionals més eficaces i equitatives. El desafiament de la competitivitat no pot assemblar-se a una espiral incontrolada que produeixi una reducció exacerbada de costos. Aquest haurà de situar-se en un marc de referència internacionalment reconegut, amb una regulació mínima sobre les condicions de treball, els drets socials, el medi ambient, i també els drets d'informació i participació dels representants dels treballadors en l'empresa.

En aquest sentit, l'OIT ha intentat elaborar aquest marc internacional de referència, encara que les seues normes no siguen tan eficaces com haurien de ser. L'Organització Internacional del Treball compta amb diferents convenis i recomanacions que aborden aquestes qüestions. A més, compte també amb Convenis i Recomanacions on, des de diferents perspectives, aborden la problemàtica sobre la informació i participació dels representants dels treballadors en l'empresa.

Els esforços de l'OIT per garantir la informació i consulta sobre el funcionament de l'empresa vénen de lluny. Una de les primeres normes que van elaborar per a complir amb aquest objectiu va ser: la recomanació núm.94 sobre la col·laboració en l'àmbit de l'empresa de 1952. En ella es recomanava la consulta entre l'empresari i els representants dels treballadors sobre les decisions d'interès comú. D'alguna manera es tractava de fer partícips als representants dels treballadors en la gestió de l'empresa.

La instàncies internacionals tenien present que la col·laboració entre totes les parts implicades podia reduir el clima de conflicte que pot comportar l'adopció d'algunes mesures relacionades amb el funcionament de l'empresa. Al mateix temps, sotmetre a consulta aquelles decisions que poden afectar els drets i interessos dels treballadors, permet legitimar la decisió empresarial, perquè aquesta ha de ser adoptada amb el coneixement i participació dels representants dels treballadors. En definitiva, tenien present que l'anticipació als canvis que es poden produir en l'empresa, permet elaborar una estratègia negociada coherent amb les circumstàncies i la realitat empresarial.

Poc després i amb l'objectiu de millorar-la, van elaborar la Recomanació núm.129 sobre la comunicació dins de l'empresa de l'any 1967. En aquesta ocasió, l'OIT destaca la importància que té la difusió i l'intercanvi ràpid de la informació relacionada amb la vida de l'empresa i amb les condicions socials dels treballadors.

La Recomanació núm.129 també aconsella la celebració de consultes sobre els temes de major interès. Per a assegurar un funcionament correcte de les consultes, l'OIT considera que haurien de donar als interessats: les dades necessàries per poder comprendre tots els temes objecte de la comunicació. En concret, considera que l'empresa ha d'informar sobre el funcionament de l'empresa i perspectives de futur de l'empresa, sobre la situació present i futura dels treballadors, sobre la situació general de l'empresa i els seus plans de desenvolupament i sobre les decisions que poden afectar la situació dels treballadors en l'empresa, art 15.

A més d'aquestes Recomanacions, hi ha d'altres on, de forma més genèrica, l'OIT recomana la consulta i la participació amb els representants dels treballadors. En la Recomanació núm.113 sobre la consulta de 1963, l'OIT destaca la importància de promoure la consulta i la col·laboració en els diferents sectors entre les autoritats públiques, els representants dels treballadors i els empresaris. En concret, les consultes tindrien com a objecte l'examen conjunt per part dels treballadors i de l'empresari sobre les qüestions d'interès comú.

Al marge d'aquestes Recomanacions que estableixen un marc general sobre les consultes en l'empresa, podem trobar altres normes que de forma més concreta preveuen la consulta i la participació dels representants dels treballadors en diferents classes de reestructuracions empresarials. El Conveni núm.158 sobre la finalització de la relació de treball, de 1982 i la Recomanació núm. 166 sobre la finalització de la relació de treball, 1982, estableixen un període de consultes amb els representants dels treballadors davant d'un acomiadament col·lectiu. L'art 13 del conveni núm.158 estableix que quan l'empresari realitzi finalitzacions per motius econòmics, tecnològics, estructurals o anàlegs, haurà de proporcionar als representants dels treballadors la informació oportuna, els motius al·legats, el número i categoria dels treballadors afectats i el període dins del qual es realitzaran els acomiadaments.

Encara que el Conveni núm.158 no estableix que tipus de mesures es poden negociar ni entra en profunditat en el funcionament de les consultes, sí que fa alguna menció dispersa en relació a la informació. En relació amb aquesta qüestió, estableix que l'empresari proporcionarà als representants dels treballadors la “informació pertinent” i oferirà als representants dels treballadors “com més prompte millor” la possibilitat d'entaular unes consultes sobre el projecte empresarial, art 13.1.A i 13.2 del Conveni núm.158.

Evidentment, aquesta normativa també estableix la necessitat d'iniciar un període de consultes amb els representants dels treballadors on s'analitzaran les mesures per a evitar o reduir els acomiadaments i les mesures destinades per a reduir els efectes adversos d'aquestes decisions. Encara que el Conveni núm.158 no estableix que tipus de mesures es poden negociar ni entra en profunditat en el funcionament de les consultes, sí que fa alguna menció dispersa en relació a la informació. En relació amb aquesta darrera qüestió, el Conveni estableix que l'empresari proporcionarà als representants dels treballadors la “informació pertinent” i oferirà als representants dels treballadors “com més prompte millor” la possibilitat d'entaular unes consultes sobre el projecte empresarial, art 13.1.A i 13.2 del Conveni núm.158.

Per la seua banda, la Recomanació núm.166 és molt més interessant pel que fa al contingut de les consultes i les mesures d'acompanyament social que es poden adoptar

en aquelles consultes i inclús pot semblar que el seu contingut i propostes són prou coincidents amb el que es propugna actualment des de les instàncies comunitàries en relació amb les reestructuracions socialment responsables.

Així a tall d'exemple, en la Recomanació núm.166 l'OIT recomana que totes la parts implicades haurien de tractar d'evitar o limitar en tot el possible l'acomiadament i esforçar-se per atenuar les conseqüències adverses dels acomiadaments, i inclús, quan procedesca, l'autoritat competent hauria d'ajudar a les parts a buscar solucions als problemes que plantegen els acomiadaments, art 19 i 20. A més, considera que per al funcionament correcte de les consultes, l'empresa hauria de proporcionar als representants dels treballadors la informació pertinent en temps oportú.

Especialment interessant és el contingut previst en aquesta Recomanació sobre el possible contingut de les consultes amb els representants dels treballadors. Entre les possibles mesures que poden ser analitzades en les consultes, l'OIT proposa les següents que tindrien com a objecte reduir el número d'acomiadaments programats inicialment: limitació de la contractació temporal, disminució natural del personal, trasllats interns, formació i la reconversió dels treballadors, el retir anticipat voluntari, disminució de les hores extraordinàries i la reducció de la jornada de treball.

Per la seua banda, la Recomanació sembla convertir l'empresari en un dels principals agents de la reinserció laboral dels treballadors, no sols perquè recomana la possibilitat d'establir un dret de retorn dels treballadors acomiadats "si l'empresari torna a contractar treballadors amb qualificacions comparables", art 24.1 de la Recomanació núm.166, sinó també perquè recomana que l'empresari i els representants dels treballadors haurien de promoure la col·locació dels treballadors afectats a través d'altres ocupacions adequades. "Sempre que siga possible, l'ocupador hauria d'ajudar als treballadors afectats a buscar un altra ocupació", art 25 Recomanació núm.166.

En últim lloc, sembla apreciar-se certa sintonia entre el contingut d'aquesta Recomanació i els últims plantejaments sobre els quals es troba treballant la UE. Segons el Llibre verd "Fomentar un marc europeu per a la responsabilitat social de les empreses"¹⁰¹¹ les reestructuracions han de preparar-se adequadament: identificant els riscos més importants, calculant tots els costos directes i indirectes de les estratègies, alhora que és necessari avaluar les mesures alternatives i les opcions que ens permeten reduir els acomiadaments.

Les reestructuracions resulten més fructíferes si en elles col·laboren els representants dels treballadors, les autoritats públiques i les empreses. També en aquests planejaments es troba subjacent la idea d'incorporar a les estratègies empresarials la idea de la "ocupabilitat". Segons algunes iniciatives que s'han produït en aquest àmbit¹⁰¹², és essencial garantir una bona gestió de les reestructuracions. A més, per a mantenir la cohesió social és necessari aplicar polítiques d'acompanyament social per a minimitzar els costos socials i promoure la recerca de fonts alternatives d'ocupació.

¹⁰¹¹ COM (2001) 366 final. Pág. 11.

¹⁰¹² Comunicació de la Comissió. "Reestructuracions i ocupació. Anticipar i acompanyar les reestructuracions per a desenvolupar l'ocupació: el paper de la UE". COM (2005) 120 final. Brussel·les, 31.3.2005. pàg. 2.

En les reestructuracions empresarials haurien de tractar de salvaguardar els drets dels treballadors i oferir-los cursos de reciclatge, modernitzar els instruments i els processos de producció per a desenvolupar les activitats de l'emplaçament i establir procediments d'informació, diàlegs i cooperació. Les empreses haurien d'assumir la seua quota de responsabilitat pel que respecta al manteniment de l'ocupabilitat del seu personal¹⁰¹³.

No obstant això, les previsions contingudes en estes Recomanacions i Convenis no han aconseguit, en moltes ocasions, assegurar la informació en temps oportú sobre les possibles mesures empresarials que poden afectar les relacions de treball, ni la consulta i la participació dels representants dels treballadors en les reestructuracions empresarials, sobretot quan les reestructuracions es produeixen en grans multinacionals. L'OIT va ser conscient de les dificultats existents en aquest tipus d'empresa i després d'uns llargs debats sobre la política social i les condicions de treball en les multinacionals, va elaborar la Declaració Tripartida.

Cap a la dècada dels setanta l'activitat de les multinacionals va donar lloc a uns intensos debats sobre elles. Al 1967 l'Institut Internacional d'Estudis Laborals va organitzar un simposi sobre aquestes empreses. Al 1971, el Consell d'Administració de l'OIT va realitzar una reunió tècnica sobre les relacions de les multinacionals. Al 1972 La Conferència Internacional del Treball va aprovar una resolució sobre els problemes socials dins de les multinacionals. Aquell mateix any es va celebrar una reunió Tripartida sobre les empreses multinacionals amb l'objectiu de fer arribar recomanacions al Consell d'Administració. Al 1976 el Consell va convocar una segona reunió per elaborar una Declaració de principis i al 1977 es va presentar un text al Consell d'Administració sobre les multinacionals i la política social.

En principi, no es tenia pensat redactar una Declaració, les propostes van ser més ambicioses i tenien pensat suggerir l'aprovació d'un Conveni, però les reticències empresarial cap aquesta fórmula frustraren els intents. El conflicte es va plantejar dins de la Conferència Mundial Tripartida sobre l'ocupació de l'OIT. Cap al 1976 aquest òrgan va realitzar un debat sobre les multinacionals i la política social i el Grup dels Treballadors va recomanar l'aprovació d'un Conveni que regulés aquestes qüestions. Aquesta idea va ser rebutjada pels Empresaris, però acceptaren la idea de crear una Declaració Tripartida, això sí, havia de tenir un caràcter *voluntari*. Finalment aquest Declaració de bones voluntats va ser revisada al 2000 a efectes d'incorporar en ella els principis i drets fonamentals en el treball.

L'esmentada declaració té com a objectiu oferir als Estats, a les multinacionals i als empresaris i treballadors orientacions sobre alguns temes laborals: ocupació, formació i condicions de treball. Com diu la mateixa Declaració "aquesta recull principis en matèria d'ocupació o de formació l'aplicació dels quals, es recomana amb caràcter voluntari als Governos, a les organitzacions empresarials, a les organitzacions dels treballadors i a les multinacionals. Com la norma té un caràcter voluntari, i això pot fer que les parts ignoren el seu contingut, l'OIT insta les parts perquè respecten i apliquen determinats Convenis i Recomanacions relacionats amb els temes tractats en aquella norma.

¹⁰¹³ Llibre Verd. "Fomentar un marc europeu per a la responsabilitat social de les empreses". COM (2001) 366 final. Brussel·les, 18.7.2001. pàg 11.

No obstant això, i malgrat el caràcter voluntari que té la Declaració Tripartida, l'OIT ha tractat d'avançar en els intents per tal de controlar el funcionament i comportaments de les multinacionals. En aquest sentit, existeix un procediment aprovat pel Consell d'Administració al 1980 i revisat al 1986 que té com a objectiu interpretar el contingut d'aquella norma amb l'objectiu de solucionar els possibles conflictes sobre el seu significat o sobre l'aplicació de les seues disposicions¹⁰¹⁴. A través d'aquest procediment es tracta de conciliar les posicions de les parts en conflicte amb l'objecte d'aconseguir un acord. Des de l'adopció de la Declaració Tripartida i del seu procediment, el Consell d'Administració ha resolt cinc casos en el marc del procediment d'interpretació sobre suposades faltes realitzades per algunes multinacionals¹⁰¹⁵.

En tot cas, malgrat els intensos debats que a nivell internacional s'han produït sobre la política social i les multinacionals, ni aquestes iniciatives ni les previsions recollides en alguns Convenis o Recomanacions, han pogut assegurar la informació i la consulta davant de determinades reestructuracions produïdes en algunes multinacionals. Possiblement, amb aquest tipus de regulació i esperant que les grans corporacions facen seues aquestes declaracions de bones voluntats elaborades pels organismes internacionals difícilment podrem corregir la falta de transparència informativa que han rodejat determinades reestructuracions.

Possiblement, per evitar les situacions analitzades fins al moment i evitar que aquestes utilitzen les reestructuracions com un senyal d'avís en els mercats i proliferen el que s'ha començat a conèixer com "les reestructuracions creatives", sembla que són necessàries normes jurídiques i actuar en tots els nivells de forma més decidida. Com es diu en algun dictamen del CESE¹⁰¹⁶ "Europa està obligada a complir i fer complir les normes de l'OIT perquè si no adoptem mesures per acabar amb el dumping social i el fiscal, podem entrar en una crisi econòmica causada per la falta de competitivitat de les empreses".

En primer lloc, tal vegada, i malgrat totes les dificultats que comporta aquesta proposta, seria convenient treballar per aconseguir una fiscalitat internacional dirigida en tres direccions: sobre el conjunt de les transaccions financeres internacionals, sobre

¹⁰¹⁴ El programa d'empreses multinacionals sota l'orientació de la Subcomissió d'empreses multinacionals del Consell d'Administració assegura el compliment de la Declaració a través de diferents mitjans: interpretacions d'aquella norma a través d'un procediment de consulta, enquestes sobre l'aplicació de la Declaració i investigacions en l'àrea laboral i social de les multinacionals.

¹⁰¹⁵ El primer conflicte que es va plantejar davant del Consell d'Administració sobre el significat de les disposicions de la Declaració Tripartida en el marc d'aquest procediment d'interpretació feia referència a un acomiadament col·lectiu dins d'una multinacional, CAS BIFU (1984-1985), els fets van ser els següents: A causa de revisar la seua estratègia comercial al 1983, un Banc nord-americà que treballava al Regne Unit va decidir reduir el seu personal en aquell país. La notificació de l'acomiadament col·lectiu va arribar a la direcció anglesa amb caràcter confidencial i no informaren d'aquesta decisió als sindicats de l'empresa. En aquesta ocasió, el Consell va interpretar la Declaració i va estimar que d'acord amb la Declaració i el Conveni nº158, cal notificar aquelles decisions i canvis als representants dels treballadors amb una antelació raonable, de tal forma que no és suficient amb informar als treballadors de forma individual. Aquesta interpretació va ser enviada a les parts per tal que arribaren a un acord. De les quatre restants interpretacions que ha realitzat el Consell d'Administració sobre la Declaració, dues fan referència a acomiadaments col·lectius: CAS BELGA nº1 (1987-1988), i CAS BELGA nº2 (1997-1998). <http://www.ilo.org/public/spanish>. Les interpretacions realitzades a través d'aquest procediment es publiquen en el Diari Oficial de l'OIT o en la base de dades: ILOLEX disponible en la pàgina de l'OIT.

¹⁰¹⁶ Dictamen del CESE sobre "Transformacions industrials i cohesió econòmica, social i territorial", 2004/C 302/11. Dictamen del CESE sobre "La competitivitat de les empreses europees", 2005 120/17.

els beneficis de les empreses multinacionals i haurien d'establir una fiscalitat ecològica sobre les empreses i els usuaris.

En segon lloc haurien de treballar per endurir i reforçar les normes i sobretot per perseguir el seu compliment. Haurien de continuar treballant en el terreny de la responsabilitat social de les multinacionals i haurien de desenvolupar una negociació col·lectiva internacional i haurien de continuar treballant en el terreny de la informació, la consulta i la participació de les parts implicades en les reestructuracions empresarials i cal treballar sobre el terreny de la negociació col·lectiva.

3.1. DELS CODIS DE CONDUCTA ALS ACORDS MARCS INTERNACIONALS:

Com podem imaginar, les reestructuracions irresponsables que s'han produït en alguns moments i que s'han realitzat ometent la consulta, la informació i la participació amb els representants dels treballadors, han pogut contribuir a desprestigiar la imatge corporativa d'algunes grans multinacionals. A més, aquestes iniciatives internacionals no han aconseguit que les empreses multinacionals assumesquen, de forma voluntària, la seua quota de responsabilitat social en les seues estratègies empresarials. En aquest sentit, se sap que “una reestructuració gestionada de manera inadequat pot menyscar la imatge de l'empresa o d'un sector sencer, així com crear una atmosfera general de resistència a les transformacions”¹⁰¹⁷.

Conscients d'aquestes conseqüències, des de la dècada dels setanta han començat a proliferar entre les grans multinacionals codis de conducta. Aquests recullen uns compromisos mínims sobre condicions de treball, temes mediambientals i drets humans i són elaborats unilateralment per les empreses i, teòricament, regeixen en totes les estratègies empresarials en tots els establiments del grup. Segons el llibre verd “fomentar un marc europeu per a la responsabilitat social de les empreses”¹⁰¹⁸ són diverses les raons que fan que les empreses elaboren codis de conducta, però ho fan especialment per a millorar la seua imatge empresarial i evitar que els consumidors reaccionen negativament.

No obstant això, com reconeixen les instàncies comunitàries, malgrat que els codis de conducta poden contribuir a fomentar el compliment de les normes internacionals de treball (entre elles, les que fan referència a la informació i consulta sobre les reestructuracions d'empreses) només són eficaços, si s'apliquen i controlen adequadament. Segons el que s'ha dit fins aleshores, els codis haurien de basar-se en els convenis internacionals i preveure la participació dels interlocutors socials i les parts interessades. És important que les empreses faciliten informació completa sobre l'aplicació del codi de conducta en el marc d'un diàleg continu.

Tanmateix, aquests instruments no gaudeixen de massa efectivitat i inclús en algunes ocasions han estat massa desprestigiat¹⁰¹⁹, no només perquè no tenen en

¹⁰¹⁷ Dictamen del CESE sobre “El diàleg social i la participació dels treballadors, claus per a anticipar-se a les transformacions industrials i gestionar-les”, 2006/C 24/17.

¹⁰¹⁸ COM (2006) 366 final. Pág 15.

¹⁰¹⁹ Un dels primers codis de conducta va ser el de Levi'S Strauss. Quan en 1992 aquesta empresa va ser acusada de vendre pantalons fabricats per emigrants en condicions més que precàries, l'empresa va reaccionar fent un codi de conducta on afirmava que tractaria de millorar les condicions de producció i

compte les idees comentades anteriorment, sinó també perquè no poden ser controlats per subjectes independents i perquè de vegades les empreses han tractat de configurar-los com a normes amb la finalitat de substituir la normativa laboral d'alguns països i evidentment, aquests no poden substituir cap normativa, com a màxim poden impulsar el compliment de la normativa internacional.

Els intents per instaurar la responsabilitat social de les empreses i per millorar la participació i la consulta amb els treballadors sobre aquelles decisions que poden suposar importants disminucions d'ocupació en l'empresa, a nivell internacional, s'han vist frustrats pel caràcter voluntari de la Declaració Tripartida de l'OIT i per les dificultats existents quan es tracta de sancionar internacionalment els incompliments sobre els drets d'informació i consulta en una reestructuració empresarial. Per altra banda, els codis de conducta, pels motius analitzats anteriorment, tampoc han contribuït massa a la consecució d'aquests objectius.

No obstant això, la negociació col·lectiva pot contribuir als objectius plantejats: implantar una política preventiva en matèria de reestructuracions, millorar la transparència informativa, facilitar l'accés dels representants dels treballadors als centres on s'adopten les decisions sobre la gestió del grup. En definitiva, la negociació pot ajudar a instaurar una responsabilitat social en les empreses.

Com reconeixen a nivell europeu, atès que les decisions empresarials s'adopten ben sovint en un entorn econòmic global i sovint en consorcis multinacionals, les estratègies transfrontereres de representació dels treballadors assoleixen, al marge de les possibilitats i mecanismes previstos a escala nacional per a la seua participació, una importància cada vegada major. En aquest sentit, comencen a sorgir alguns acords sobre mesures de reestructuració i alguns acords signats amb associacions sindicals europees. Aquestes actuacions són evidentment positives, “perquè en les multinacionals hi ha el risc que les conseqüències socials disminueixen en un lloc determinat en detriment d'un altre”¹⁰²⁰.

Tanmateix, la possibilitat d'establir una negociació col·lectiva internacional planteja més d'un problema: problemes relacionats amb els àmbits de negociació, però també amb les matèries que haurien de negociar o sobre les parts que haurien d'analitzar. A més, la diversitat en les legislacions nacionals sobre la negociació col·lectiva no ajuda a aconseguir una negociació col·lectiva internacional¹⁰²¹. En definitiva, els acords en qüestió no tenen un marc jurídic segur que regule l'obligatorietat jurídica i tinga en compte la legitimació i les funcions tradicionals dels interlocutors socials, és a dir, empresaris i representants dels treballadors.

adoptarien uns criteris de respecte dels drets fonamentals, socials i mediambientals. També es comprometia a no associar-se amb altres proveïdors que no respectaren els principis arrellegats en el codi. No obstant, Levi'S Strauss ha estat treballant amb proveïdors de Bangla Desh que no respecten els mínims drets laborals. Moltes altres empreses es troben en aquesta mateixa situació, malgrat tenir codis de conducta: ADDIDAS, NIKE, PHILLIPS VAN HEUSEN, els seus codis de conducta poden ser consultats en: <http://www.itglwf.org>.

¹⁰²⁰ Dictamen del CESE sobre el tema: El diàleg social i la participació dels treballadors, claus per a anticipar-se a las transformacions industrials i gestionar-les”, 2006/C 24/17.

¹⁰²¹ Per a més informació: APARICIO TOVAR, J, “Los derechos sociales ante la internacionalización económica”, en DA, “La reforma del Marco normativo del mercado de trabajo y el fomento de la contratación indefinida: puntos críticos”, Granada, Comares, 1999, pág. 37. CARRIL VÁZQUEZ, XM, “Asociaciones sindicales y empresariales de carácter internacional”, Granada, ed. Comares, 2003.

En tot cas, és necessari buscar solucions i instruments internacionals per a tractar de solucionar els problemes laborals que es plantegen dins de les empreses multinacionals, perquè no podem ignorar que aquestes actuen i realitzen la seua activitat a nivell mundial, amb la qual cosa sembla que els problemes internacionals requereixen solucions internacionals. En aquest sentit, la Comissió en la seua comunicació sobre l'Agenda Social per al període 2005-2010 va proposar oferir un nou marc europeu optatiu per a la negociació col·lectiva internacional.

Una vegada destacades les dificultats que presenta la negociació col·lectiva internacional, és necessari comentar que progressivament han començat a aparèixer algunes iniciatives interessants en el terreny de la negociació col·lectiva i que poden contribuir als objectius mencionats al llarg d'aquest treball, em referesc als Acords Marc Internacionals¹⁰²², encara que algunes empreses els denominen Convenis Internacionals¹⁰²³ o Acords de validesa mundial¹⁰²⁴ o Declaracions sobre els drets socials i les relacions laborals.

Aquesta diversitat de noms i els seus continguts poden suposar algunes dificultats afegides quan es tracta de determinar la seua naturalesa jurídica. És difícil afirmar que aquests acords internacionals són convenis col·lectius. No obstant això, podem dir que es tracta d'acords col·lectius amb una dimensió internacional, són el producte d'un procés de negociació col·lectiva entre les multinacionals i les federacions internacionals de sindicats i sembla que el seu contingut és obligacional, perquè inclouen compromisos laborals que les parts decideixen acceptar i respectar.

D'altra banda, sembla clar que aquests acords internacionals compten amb alguns avantatges respecte als codis de conducta analitzats anteriorment pel que fa als objectius comentats al llarg d'aquest treball. A diferència del que ocorre amb els codis de conducta que són elaborats unilateralment, els acords internacionals són negociats amb les federacions internacionals a nivell mundial, però s'apliquen a nivell local i el seu objectiu consisteix a enunciar regles de comportament de les multinacionals. A més, aquests afecten també els proveïdors.

Aquests acords són una base ferma per al diàleg entre sindicats i la direcció de l'empresa, al menys, això diuen alguns d'ells quan afirmen que “volen assegurar els llocs de treball i garantir la justícia social a través d'una cooperació orientada per l'èxit econòmic”. L'objectiu buscat és trobar, a través del diàleg, solucions acceptades per ambdues parts, també en cas de conflicte¹⁰²⁵. Pel que fa a la seua eficàcia, alguns

¹⁰²² Per a més informació: BAYLOS GRAU, A, “Los acuerdos-Marco de empresas globales: una nueva manifestación de la dimensión transnacional de la autonomía colectiva”, RDS, 2004, nº28, pàg. 207: són negociats per federacions sindicals internacionals de cada sector. Són el producte de la negociació col·lectiva internacional. Tenen força contractual entre les parts, perquè l'acord imposa obligacions. Federació Internacional de sindicats de treballadors de la química, energia, mines i indústria. <http://www.icem.org>.

¹⁰²³ Federació Internacional de sindicats de treballadors de la química, energia, mines i indústria <http://www.icem.org>.

¹⁰²⁴ Acord signat entre Volkswagen i la Federació Internacional de treballadors de la indústria metal·lúrgica: <http://www.imfmetal.org>.

¹⁰²⁵ Acord de validesa mundial del grup FREUDENBERG 30 de juny de 2000. Signat amb la Federación internacional de sindicatos de la química, energía, minería i la industria (ICEM) i el sindicato alemán del sector de la minería, química i energía (IG BCE). <http://www.icem.org>.

afirmen que són vinculants a nivell mundial en tots els establiments del grup. A diferència del que ocorre amb els codis de conducta, en algunes ocasions els acords internacionals preveuen mitjans per a controlar el seu compliment, que en la majoria d'ocasions seran les gerències de les unitats empresarials i els representants dels treballadors¹⁰²⁶.

Aquests acords mundials compten amb alguns avantatges més. En primer lloc, tenen un contingut més ampli que el que pot tenir un codi de conducta. És freqüent que recullen regulacions sobre: salut i higiene, no discriminació, salari, jornada, medioambient, i inclús drets d'informació¹⁰²⁷. Alguns d'ells mencionen la necessitat de realitzar reestructuracions socialment responsables i mantenen que “es comprometen a afavorir l'ocupació dels treballadors i en cas de reorganitzacions i reestructuracions es comprometen a afavorir les reconversions i les rehabilitacions en el grup a través de la formació professional”¹⁰²⁸.

En l'Acord del grup Rheinmetall AG, de 15 octubre del 2003, signat amb el comitè d'empresa europeu, encara que la Federació Europea del Metall i la Federació Internacional del Metall s'han sumat a la convenció, les parts mantenen que la responsabilitat social en un comerç mundial just i obert és la condició decisiva per a mantenir el creixement econòmic. També manifesten la seua satisfacció respecte a les iniciatives destinades a fomentar una generació d'empreses responsables. Per tant, faran tot el que puguen per combinar els objectius econòmics, socials i mediambientals en el marc d'un desenvolupament empresarial sostenible amb la planificació i les concepcions estratègiques a llarg i curt termini¹⁰²⁹.

En segon lloc, aquests acords compten amb algun avantatge més respecte als codis de conducta, perquè recullen tota la normativa internacional i el compromís explícit de respectar molts dels Convenis de l'OIT i això pot ajudar a garantir les normes laborals de l'OIT en tots els establiments del grup. Especialment útil poden ser aquestes previsions als països que tenen unes legislacions insuficients en matèria laboral, perquè podrien atenuar el fenomen del *dumping* social¹⁰³⁰ i inclús podrien corregir les desigualtats entre els treballadors de les diferents filials.

En tercer lloc, aquests acords mundials preveuen mecanismes destinats a seguir el compliment del seu contingut en els diferents establiments del grup. Aquest

¹⁰²⁶ RHEINMETALL AG. Octubre 2003. Signat amb el comitè Europeu. La federació europea del metall i la federació internacional s'han sumat a ell. <http://www.imfmetal.org>.

¹⁰²⁷ Acord internacional signat entre ENDESA i el Sindicat espanyol de treballadors industrials, FIA-UGT, FM-CCOO, la Federació Internacional de Treballadors de la química, ICEM. En ell aborden les següents matèries: drets sindicals, seguretat laboral i formació professional: <http://www.icem.org>.

¹⁰²⁸ Acord del grup RENAULT. Signat entre El comitè del grup Renault, la Federació Internacional de les organitzacions de treballadors de la metal·lúrgica (FIOM) i la direcció, el 12 octubre de 2004. En ell les parts reconeixen que la responsabilitat social és un factor d'èxit a llarg termini per a l'empresa. <http://www.imfmetal.org>.

¹⁰²⁹ En l'acord del grup Rheinmetall AG, de 15 octubre de 2003, signat amb el comitè d'empresa europeu, malgrat que la Federació Europea del Metall i la Federació Internacional del Metall s'han adherit. <http://www.imfmetal.org>

¹⁰³⁰ Els acords internacionals existents de l'OIT que estipulen estàndards mínims serviran de pauta per al grup, especialment en relació amb la prohibició del treball forçós (conveni n°105), prohibició del treball infantil (conveni n°135), igualtat d'oportunitats (conveni n°100, 11), Llibertat d'associació (conveni 87 y 98). Acord Mundial de FREUDENBERG, o el RHEINMETALL AG, o VOLKSWAGEN.

seguiment de l'acord es fa a través de procediments d'informació i consulta entre la direcció i els representants sindicals. Normalment, aquests acords contempnen l'obligació de realitzar informes periòdics i la consulta sobre les queixes que entren en l'àmbit de l'acord. En alguns d'ells diuen que “A efectes d'informar-se mútuament sobre l'acord o d'intercanviar experiències celebraren una reunió a l'any. A més, aquelles matèries dignes de ser fomentades podran ser temes d'aquest diàleg per a millorar la cooperació en altres nivells empresarials¹⁰³¹”.

Sobre els drets d'informació, aquests acords recullen el compromís que els interlocutors socials informen els treballadors del contingut de l'acord. En algunes ocasions, permeten que els treballadors informen directament l'empresa sobre qualsevol comportament que no siga conforme al contingut de l'acord o que aborden temes i problemes relacionats amb l'acord¹⁰³². Al menys, en alguns ocasions, podem dir que aquests acords o pactes mundials milloren les vies de participar i implicació dels treballadors en les empreses.

4. LA PARTICIPACIÓ DELS REPRESENTANTS DELS TREBALLADORS EN L'EMPRESA DES DE LA PERSPECTIVA DE LA NORMATIVA COMUNITÀRIA:

Les instàncies comunitàries no han sigut alienes als problemes que es poden generar en les empreses o grups d'empreses internacionals en relació amb els drets d'informació i consulta dels representants dels treballadors, sobretot, davant d'una reestructuració empresarial. És per això que des de fa prou de temps han intentat articular mecanismes destinats a garantir els drets d'informació i consulta en aquestes xarxes empresarials.

Aquestes iniciatives comunitàries sobre la informació, la consulta i la participació dels representants dels treballadors han culminat recentment en dos interessants Directives: la 2001/86/CE i la 2002/14/CE. Al mateix temps s'ha iniciat algunes iniciatives sobre la responsabilitat social de les empreses i les reestructuracions socialment responsables que mantenen certa relació amb el tema que analitzem: la informació, la consulta i la participació amb els representants dels treballadors en cas de reestructuracions i reorganitzacions.

¹⁰³¹ Acord Mundial per a “la cooperació, responsabilitat i diàleg social” en el grup d'empreses FREUDENBERG, signat el 20 juny del 2000 entre la direcció del grup, en el nom de totes les empreses del grup i la Federació Internacional dels sindicats de la química, energia, mineria i la indústria (ICEM) i el sindicat industrial alemany del sector de la mineria, de la química i de l'energia (IG BCE). Disposició final. Pot ser consultat en: <http://www.icem.org>. En l'acord signat amb VOLKSWAGEN, el Comitè Mundial del Grup i la Federació Internacional de Treballadors de la Metal·lúrgia acorden que, a petició del Consell de l'empresa o del Comitè Mundial, deliberaran sobre aquesta declaració i sobre la seua aplicació amb els representants de Volkswagen durant la reunió del comitè mundial del grup. Si fóra necessari acordaran les mesures necessàries respecte d'això. Acord firmat el 6 de juny del 2002. <http://www.imfmetal.org>. Per la seua banda, l'Acord Marc signat entre l'empresa IMPREGILO amb alguns sindicats italians i la Federació internacional de treballadors de la indústria de la construcció, FITCM, preveuen la creació d'un grup de consulta format pels parts que ho han signat amb l'objectiu de seguir el seu compliment i es reunirà, almenys, una vegada a l'any: <http://www.fitcm.Org>

¹⁰³² Acord del grup Renault.

Tanmateix, per diferents motius que escapen de l'àmbit d'aquest estudi, els projectes comunitaris que des de diferents perspectives han intentat sotmetre a algun tipus de control a les grans corporacions i que han intentat millorar la transparència informativa sobre la situació empresarial i millorar la participació en l'empresa, han fracassat o han seguit un camí ple de dificultats, fracassos i paralitzacions, una situació que ha caracteritzat, en general, al Dret Social Europeu. No hem d'oblidar que la Comunitat Europea va sorgir amb una vocació essencialment econòmica. De fet, l'art 2 del Tractat Constitutiu de la CEE ens informava que la creació de la CEE pretenia promoure un desenvolupament harmoniós de les activitats econòmiques, una expansió contínua i una estabilitat creixent entre els Estats, amb la qual cosa fins als anys setanta les propostes comunitàries a nivell social van ser més aviat escasses.

No obstant, a partir dels setanta i principalment de l'aprovació del Primer Programa d'Acció Social de 1974 es va crear la sensació que les regulacions comunitàries podien anar per un altre camí¹⁰³³. Aquell programa pretenia un desenvolupament del conjunt de les matèries socials i prestava especial atenció a quatre grans objectius d'entre els quals, destacava la participació dels treballadors en l'empresa. Dins d'aquest context, des de la perspectiva del Dret de Societats i des del Dret Social Comunitari van començar a sorgir els primers intents per articular mecanismes d'informació i consulta amb els treballadors dins dels grups d'empresa.

Originàriament, des del Dret de Societats les propostes anaven dirigides cap a dos direccions: crear una Societat Anònima Europea, és a dir, un model de societat mercantil regulada per un Estatut únic capaç d'actuar amb major eficàcia en el tràfec mercantil i capaç d'assegurar la participació dels treballadors en aquella societat a través de mecanismes d'informació i consulta. I en segon lloc, les propostes anaven dirigides a harmonitzar el Dret de Societats entre els diferents Estats membres.

Paral·lelament, des de la perspectiva del Dret Social Europeu, la participació dels treballadors en l'empresa es pretenia aconseguir a través de la creació del Comitè d'Empresa Europeu. L'objectiu era crear un òrgan capaç d'accedir als centres reals de decisió dins de les empreses d'estructura complexa i poder conèixer la informació rellevant que poden afectar les relacions laborals. Les instàncies comunitàries eren conscients que dins d'una economia mundialitzada on començaven a proliferar els grans grups d'empreses, els instruments internacionals s'havien mostrat ineficaços quan es tractava de garantir els drets d'informació i consulta en les reorganitzacions i reestructuracions empresarials. A més, era necessari harmonitzar les legislacions dels Estats membres sobre estes qüestions.

¹⁰³³ El primer Programa d'Acció Social va ser aprovat pel Consell, el 21 de gener de 1974. DOCE 12 febrer de 1974. El seu objectiu era desenvolupar el conjunt de matèries socials prestant especial atenció a quatre objectius socials: la realització de la plena ocupació, la millora de les condicions de vida i de treball, la participació dels treballadors en l'empresa i el diàleg social. Com apunta GÓMEZ GORDILLO, R, "El comitè de empresa europeu", Madrid, ed. CES, 2003, p. 42. El resultat que més desil·lusions va generar en relació amb el Programa, corresponia al terreny dels drets col·lectius dels treballadors en l'empresa. Les ambicioses propostes sobre la participació dels treballadors pretenien ser una manifestació decisiva i van ser rebutjades frontalment i van rebre nombroses crítiques i no només des dels ambients més conservadors.

En aquests moments no entraré a analitzar la Directiva sobre el Comitè d'Empresa Europeu, perquè ja ha estat analitzada en altres moments i em cenyiré a analitzar la Directiva sobre la Societat Anònima Europea, la Directiva per la qual es completa l'Estatut de la Societat Anònima Europea pel que fa a la implicació dels treballadors, Directiva 2001/86/CE, i la Directiva 2002/14/CE, per la qual s'estableix un marc general relatiu a la informació i a la consulta dels treballadors en la Comunitat Europea i finalment analitzaré les noves propostes sobre les reestructuracions socialment responsables.

Així doncs, en relació amb els primers intents per crear una societat anònima europea, trobem la Proposició de Reglament del Consell relativa a l'Estatut d'una Societat Anònima Europea, de 30 de juny de 1970¹⁰³⁴, la Proposició modificada de reglament sobre l'estatut de la societat anònima europea, 13 de maig de 1975, la proposta de 5a Directiva de 1972, sobre l'estructura i òrgans de la societat anònima europea, modificada per la Proposició de 19 d'agost de 1983.

En tots aquests projectes es contemplava, d'una manera o d'una altra, la participació dels treballadors en aquella societat. Possiblement, els mecanismes previstos en la cinquena Directiva eren els més ambiciosos. Aquesta darrera norma contemplava un únic model de societat, que s'articulava en dos òrgans: el Consell de Direcció, que assumia les funcions de gestió de la societat i el Consell de vigilància, que controlava al primer i on participaven els representants dels treballadors. A més, la norma establia que davant d'una reestructuració empresarial proposada per la Direcció, era necessari consultar a aquest òrgan.

Totes aquestes mesures esmentades anteriorment van fracassar, de tal forma que els intents per crear una societat d'aquesta naturalesa i assegurar la participació dels treballadors en ella van ser abandonats a principis dels vuitanta. No va ser fins a finals d'aquells anys, quan les instàncies comunitàries van reprendre aquell projecte. No obstant això, a finals dels vuitanta i coincidint amb l'aprovació de la Carta Comunitària dels Drets Socials Fonamentals dels Treballadors en 1989, es va produir un ressorgiment de la política social i algunes d'aquelles propostes es van reprendre novament.

Des de la perspectiva del Dret de Societats van començar a treballar novament sobre la possibilitat de crear una Societat Anònima Europea, però aquesta vegada van tenir en compte els fracassos anteriors i van abandonar definitivament el contingut previst en aquella proposta de l'any 1975. El 25 d'agost de 1989, la Comissió va presentar al Consell una nova proposta relativa a l'Estatut de la Societat Anònima Europea. Després de passar pel Parlament i pel Comitè Econòmic i Social, la Comissió va presentar una proposta modificada el 6 de maig de 1991 i després d'un llarg procés legislatiu van aprovar el Reglament 2157/2001 i la Directiva 2001/86.

¹⁰³⁴ DOC 124, 10 octubre de 1970.

4.1. LES NOVES PROPOSTES EUROPEES SOBRE LA INFORMACIÓ I LA PARTICIPACIÓ DELS REPRESENTANTS DELS TREBALLADORS EN L'EMPRESA:

4.1.1. LA DIRECTIVA 2001/86/CE PER LA QUAL ES COMPLETA L'ESTATUT DE LA SOCIETAT ANÒNIMA EUROPEA RESPECTE A LA IMPLICACIÓ DELS TREBALLADORS.

Des de la crisi oberta per la reestructuració de Renault a Bèlgica les instàncies comunitàries no han deixat de treballar per millorar els instruments que pretenen garantir la informació i la consulta als representants dels treballadors. No obstant això, les iniciatives i debats sobre aquestes qüestions no han cessat, encara que l'esperada reforma de la Directiva 94/45 sempre es demorava i els intents per crear un marc general sobre la informació i consulta o els projectes sobre una societat anònima europea patien contínues demores i paralitzacions.

Tanmateix, després de diversos anys i de diverses renúncies, les instàncies comunitàries han aprovat dos importants Directives que vénen a completar el marc jurídic existent sobre els drets d'informació, consulta i participació dels representants dels treballadors en l'empresa. A més, segons ens explicaven les instàncies comunitàries: l'aprovació de la Directiva 2001/86/CE i la Directiva 2002/14/CE han forçat a les instàncies comunitàries perquè es replantegen de forma més decidida la possible reforma de la Directiva 94/45/CE.

En aquest sentit, el dictamen del CESE sobre el tema “L'aplicació concreta de la Directiva sobre la constitució d'un comitè d'empresa europeu i sobre els aspectes que, si és el cas, haurien de ser modificats”, les instàncies comunitàries reconeixen que el context legislatiu també ha canviat. S'han adoptat noves disposicions comunitàries en matèria d'informació i consulta als treballadors que poden justificar la més que probable modificació de la Directiva sobre el comitè d'empresa europeu.

Segons allò que estableix la Directiva 2001/86/CE, les repercussions d'aquesta sobre la Directiva 94/45/CE són inclús majors, perquè aquesta desplaça en la seua aplicació a la Directiva sobre el comitè d'empresa europeu. En aquest sentit, quan una societat europea siga una empresa de dimensió comunitària o una empresa que exerceix el control en un grup d'empreses de dimensió comunitària no li aplicaran les disposicions d'aquella ni les normes de transposició, art 13 de la Directiva 2001/86/CE. Alhora, la Directiva 2001/86/CE possiblement suposarà un fre en la negociació de nous acords de constitució de comitès d'empresa europeus a mesura que empreses i grups que tenen la consideració d'empreses de dimensió comunitària adopten de forma voluntària l'estatut de la Societat Anònima Europea.

Per la seua banda, la Directiva 94/45/CE va marcar un fita en el sorgiment del Dret Social Europeu. Aquesta experiència ha ajudat també a fer avançar el procés relatiu a la Societat Anònima Europea, en permetre projectar sobre ella tècniques que ja han estat assajades en l'organització de fórmules d'informació i consulta dels treballadors en les empreses i grups internacionals.

Siga com siga, finalment, després de trenta anys de desventures i d'enfrontaments en el Consell de ministres de la Unió Europea, les instàncies comunitàries han aprovat un

Reglament sobre l'estatut de la Societat Anònima Europea, Reglament núm.2157/2001, i una Directiva per la que es completa l'Estatut de la Societat Anònima Europea pel que fa a la implicació dels treballadors, Directiva 2001/86/CE.

El Reglament dóna resposta a una de les conseqüències de la globalització, perquè com sabem “la mundialització de l'economia” provoca una creixent concentració, reagrupació i creació de grans grups internacionals. En l'actual context econòmic, és indispensable que les empreses dels diferents Estats membres tinguin la possibilitat d'unir les seues forces a través d'operacions de concentració.

No obstant això, aquestes operacions de reestructuració i de cooperació es trobaven amb un obstacle insalvable: el marc jurídic de les empreses europees en la Comunitat era en gran part nacional i no es corresponia amb el marc econòmic en què desenvolupaven les seues activitats. En aquest sentit, era necessari establir una correspondència entre la unitat econòmica i la unitat jurídica de l'empresa en la Comunitat i per a això és necessari la creació de societats el funcionament de les quals estiga regulat per un Reglament de Dret Comunitari, directament aplicable en tots els Estats membres.

Segons ens expliquen en l'exposició del Reglament, aquest permetrà la creació i la gestió de societats de dimensió europea, sense que els obstacles derivats de la disparitat i de l'aplicació territorial limitada de les legislacions nacionals aplicables a les societats mercantils puguin impedir o dificultar aquelles operacions. Es tracta d'establir una única regulació per a les empreses que actuen en diferents estats de la Unió Europea amb l'objectiu d'aplicar unes úniques normes.

En definitiva, el Reglament busca un marc jurídic uniforme en què les societats dels diferents Estats puguin dur a terme la reestructuració de les seues activitats a escala comunitària. És a dir, aquesta norma estableix un marc jurídic per a la constitució d'una SA a través de: fusió, *holding*, d'una filial o a través de la transformació d'una societat anònima existent. Entre les normes per a la seua constitució s'exigeix les relatives a la implicació dels treballadors. De fet, l'art 12 del Reglament estableix que no podrà registrar-se cap SE tret que s'haja celebrat un acord d'implicació dels treballadors en virtut de l'art 4 de la Directiva 2001/86, entre altres supòsits.

Per tant, la idea que es troba subjacent en la Directiva és que per a aconseguir els objectius del Tractat de la Comunitat Europea i establir un marc jurídic uniforme on les societats dels diferents estats puguin realitzar l'organització de les seues activitats, no podem oblidar els objectius socials de la Comunitat Europea. És per això, que per a fomentar els objectius socials de la Comunitat han d'establir-se disposicions en l'àmbit de la implicació dels treballadors, encaminades a garantir que l'establiment de les Societats Europees no supose la desaparició ni la reducció de les pràctiques existents d'implicació dels treballadors en les empreses que participen en la creació de les SE.

La consecució d'aquests objectius s'aconsegueix amb la Directiva 2001/86/CE per la qual es completa l'Estatut de la Societat Anònima Europea respecte a la implicació dels treballadors. No obstant, malgrat el que puga semblar, el Reglament i la Directiva mantenen una relació prou estreta: “La Directiva 2001/86/CE estableix les normes relatives a la participació dels treballadors en la SE. Per tant, les esmentades disposicions constitueixen un complement indissociable al present Reglament i han

d'aplicar-se concomitantment”¹⁰³⁵. A més, en tots els casos de constitució de la SE hauran d'assegurar-se els procediments d'informació i consulta a escala internacional.

En darrer lloc, la Directiva 2001/86/CE estableix diversos principis en relació amb els drets d'informació, consulta i participació: en primer lloc, la Directiva no estableix un model únic d'implicació dels treballadors en la SE, perquè segons explica la seua exposició de motius “la diversitat de normes i de pràctiques existents en els Estats membres no ho aconsella”. En segon lloc, la Directiva contempla el principi de drets adquirits: la constitució d'una SE no ha de suposar la desaparició ni la reducció de les pràctiques existents d'implicació dels treballadors en les empreses que participen en la creació de la SE. A més, quan en les societats de la SE existesquen drets de participació, aquests han de preservar-se a través de la seua transferència a la SE, una vegada creada aquesta, tret que les parts no decideixen el contrari.

4.1.1.1. EL PROCEDIMENT NEGOCIADOR EN LA DIRECTIVA 2001/86/CE, PER LA QUAL ES COMPLETA L'ESTATUT DE LA SOCIETAT ANÒNIMA EUROPEA RESPECTE A LA IMPLICACIÓ DELS TREBALLADORS:

La Directiva 2001/86/CE manté certes semblances, però també algunes diferències respecte a la Directiva 94/45/CE. La Directiva 2001/86/CE inclou un preàmbul, disset articles i un annex amb disposicions de referència. El seu articulat aborda bàsicament el procediment a seguir per a determinar les disposicions relatives a la implicació dels treballadors en la SE.

Segons la Directiva, correspon a les societats participants que pretenen constituir una SE, iniciar les negociacions amb els representants dels treballadors sobre les disposicions relatives a la implicació d'aquests en la SE. Més concretament, quan els òrgans de direcció o d'administració de les societats participants, estableixen el projecte de constitució d'una SE, iniciaran com més prompte millor, una vegada publicat el projecte de fusió, d'*holding*, o de creació d'una filial o de transformació en una SE, les gestions necessàries per a entaular negociacions amb els representants dels treballadors de les societats sobre les disposicions relatives a la implicació dels treballadors en la SE.

En aquest sentit, es constituirà una comissió negociadora representativa dels treballadors de les societats participants i les seues filials o establiments interessats. Correspondrà a la Comissió negociadora i als òrgans competents de les societats participants fixar, mitjançant un acord: les disposicions relatives a la implicació dels treballadors. En aquest sentit, l'òrgan competent de les societats participants informaran la comissió negociadora del projecte i del desenvolupament del procés real de constitució de la SE, fins a la inscripció d'aquesta.

Tenint en compte la complexitat del procediment a seguir, la comissió negociadora podrà sol·licitar assistència d'experts o d'organitzacions sindicals a nivell europeu durant les negociacions per a assessorar-los i per a promoure la coherència a nivell comunitari. També podrà informar les organitzacions externes, inclosos els sindicats, sobre l'inici de

¹⁰³⁵ Exposició de motius del Reglamento n° 2157/2001.

les negociacions. Com ocorre amb la Directiva 94/45, aquesta també contempla el caràcter confidencial i secret de la informació facilitada.

En aquest sentit, la Directiva estableix que els Estats membres preveuran que els membres de la comissió, els experts i els representants dels treballadors, no estaran autoritzats a revelar a tercers la informació facilitada amb caràcter confidencial, art 8. Segons aquesta previsió, la Comissió podrà informar de l'inici de les negociacions a les organitzacions externes (inclosos els sindicats) tal com estableix l'art 3.5, però la naturalesa confidencial de la informació analitzada durant les negociacions, impediria a la comissió informar sobre aquests extrems a les organitzacions externes, art 8.

En la mateixa línia que la Directiva 94/45/CE, la Directiva 2001/86/CE, estableix que els Estats membres podran preveure que, en determinats casos, l'òrgan de control o d'administració de la SE d'una societat participant situada en el seu territori no estarà obligada a comunicar informació que per la seua naturalesa, poguera, segons criteris objectius, crear greus obstacles al funcionament de la SE de les seues filials i establiments o perjudicar-los. Art 8.2.

4.1.1.2. FINALITZACIÓ DE LES NEGOCIACIONS:

Les negociacions entre les societats participants i la comissió negociadora hauran de produir-se amb esperit de col·laboració per a arribar a un acord sobre les normes d'implicació dels treballadors en la SE. Segons la Directiva, les negociacions s'iniciaran tan prompte com s'haja constituït la comissió negociadora i podran prosseguir durant els sis mesos següents. No obstant, les parts podran decidir de comú acord prolongar-les fins a un màxim d'un any, a comptar des de la constitució de la comissió negociadora, art 5.

No obstant, la comissió negociadora podrà, segons el quòrum previst en l'art 3.6, no iniciar les negociacions o donar per finalitzades les ja iniciades i basar-se en les disposicions sobre informació i consulta dels treballadors que estiguen vigents en els Estats membres en què la SE tinga treballadors. En aquests casos, no s'aplicaran cap de les disposicions de l'annex, art 3.6. En tot cas, més avant es poden reiniciar les negociacions de nou.

En el cas que les negociacions finalitzen amb un acord sobre les normes d'implicació dels treballadors en la SE, l'acord en qüestió haurà de reunir algunes exigències, art 4: haurà d'establir l'àmbit d'aplicació de l'acord, la composició de l'òrgan de representació que serà l'interlocutor de l'òrgan competent de la SE en el marc de les disposicions relatives a la informació i consulta dels treballadors de la SE i de les seues filials i establiments i haurà de fixar l'entrada en vigor.

L'acord haurà de determinar també les atribucions i el procediment previst d'informació i consulta a l'òrgan de representació. En el cas que decidesquen establir normes de participació, hauran de determinar el nombre de membres de l'òrgan d'administració o de la SE que els treballadors tindran dret a triar, designar, recomanar o oposar-se a la seua designació. En darrer lloc, l'acord no estarà subjecte a les disposicions de referència de l'annex, excepte quan l'acord estabesca el contrari.

4.1.1.3. L'EFICÀCIA DE LES DISPOSICIONS DE REFERÈNCIA:

Amb l'objectiu de complir amb l'objectiu de la Directiva: regular la implicació dels treballadors en les SE, s'establiran disposicions sobre la implicació dels treballadors en cada SE segons el procediment de negociació previst en els art 3 a 6 (l'analitzat anteriorment) o en les circumstàncies previstes en l'art 7 de conformitat amb el que estableix l'annex.

En aquest sentit, l'art 7 de la Directiva estableix que amb la intenció de complir amb la finalitat de la Directiva, els Estats membres establiran disposicions de referència sobre la implicació dels treballadors, que hauran de complir les disposicions previstes en l'annex¹⁰³⁶. Per a garantir la consecució de l'objectiu previst en la Directiva 2001/86/CE, el seu text és completat per unes disposicions de referència, que intervenen quan les parts negociadores no hagen pogut o volgut elaborar els drets de “implicació” dels treballadors en la SE o quan les parts així ho decidescuen.

Per tant, la Directiva preveu la possibilitat de crear un òrgan d'específic de representació dels treballadors amb atribucions d'informació i consulta a través d'un acord o bé per l'aplicació, en determinats casos, de les disposicions de referència de l'annex i que hauran d'establir els Estats membres al traspassar la Directiva a l'ordenament intern.

En tot cas, les disposicions de referència fixades pel legislador de l'Estat membre en què vaja a situar-se la seu social de la SE s'aplicaran a partir de la data d'inscripció de la SE quan: les parts ho hagen decidit o quan no hagen aconseguit cap acord. A més, les disposicions de referència establides pel legislador nacional d'acord amb la part 3 de l'annex (referències per a la participació) només s'aplicaren en els casos següents:

En el cas d'una societat constituïda per transformació (si les normes nacionals sobre participació en els òrgans d'administració i control s'apliquen a una societat transformada en SE) en el cas d'una societat constituïda per fusió, en els termes previstos en l'art 7.2.B, i en el cas d'una societat constituïda per mitjà de la creació d'una societat *holding* o d'una filial, en els termes establits en l'art 7.2.C. No obstant, els Estats membres podran establir que les disposicions de referència previstes en la Part 3 de l'annex (referències per a la participació) no s'apliquen en el cas d'una societat constituïda per fusió en els termes de l'art 7.2.B.

En definitiva, la Directiva 2001/86/CE, a través de la negociació entre les parts, reconeix els drets d'informació i consulta, així com els drets de participació dels treballadors en els òrgans socials de la SE (quan existesca participació prèvia en les societats participants en la seua constitució). A més, en el cas de falta d'acord, estableix disposicions subsidiàries d'aplicació obligatòria quant als drets d'informació i consulta, i en determinades circumstàncies, als drets de participació.

¹⁰³⁶ La transposició de la Directiva 2001/86/CE al nostre ordenament intern se ha produït a través de la Llei 31/2006, de 18 d'octubre, sobre la implicació dels treballadors en les societats anònimes i cooperatives europees.

4.1.1.4. EL CONTINGUT DE LES DISPOSICIONS DE REFERÈNCIA:

L'annex de la Directiva 2001/86/CE inclou les disposicions de referència a què es refereix l'art 7 de la Directiva. Les mencionades disposicions fan referència a la implicació dels treballadors en l'empresa, entesa com la informació, la consulta o la participació i qualsevol altre mecanisme per mitjà del qual els representants dels treballadors puguen influir en les decisions que s'adopten en les empreses. Les previsions contingudes en l'annex s'estructuren en tres parts: la composició de l'òrgan de representació dels treballadors, la informació i la consulta i les disposicions sobre participació.

En relació amb les previsions d'informació i consulta, s'observen certes semblances amb la Directiva 94/45/CE, encara que incorpora algun detall. En aquest sentit, l'òrgan de representació dels treballadors estarà format per treballadors de la SE i de les seues filials i establiments triats o designats per i entre els representants dels treballadors o, si no n'hi ha, pel conjunt dels treballadors. Les seues competències es limitaren a les qüestions que afecten la SE, les seues filials o establiments situats en altres Estats membres.

Aquest òrgan tindrà dret a ser informat i consultat i a reunir-se, com a mínim, una vegada a l'any, amb l'òrgan competent de la Societat sobre la base d'informes periòdics elaborats per l'òrgan competent sobre: l'evolució i perspectives de les activitats de la SE. S'informarà a les direccions locals en conseqüència.

Encara que el contingut és molt semblant al que estableix la Directiva 94/45/CE, la Directiva 2001/86/CE aporta com a novetat que l'òrgan competent de la SE proporcionarà a l'òrgan de representació: l'ordre del dia de les reunions de l'òrgan d'administració o, quan procedesca, de l'òrgan de direcció i control, així com còpia de tots els documents presentats a la Junta general d'accionistes.

Com ocorre en el cas de la Directiva 94/45/CE, les reunions a què es refereix la Directiva 2001/86/CE se referiran a: la situació econòmica i financera, l'evolució probable de les activitats, de la producció i de les vendes, la situació i evolució probable de l'ocupació, les inversions, els canvis substancials relatius a l'organització, trasllats de producció, fusions, reduccions de grandària o tancaments d'empreses o acomiadaments col·lectius.

També quan concórreguen circumstàncies excepcionals que afecten els interessos dels treballadors, l'òrgan de representació tindrà dret a ser informat. Aquest o el comitè restringit tindrà dret a reunir-se amb l'òrgan competent de la SE per a adoptar decisions pròpies o perquè se li informe i consulte sobre les mesures que afecten els treballadors. Com a novetat respecte a la Directiva 94/45/CE, la Directiva 2001/86/CE estableix que quan l'òrgan competent decidisca no seguir l'opinió o el criteri manifestat per l'òrgan de representació, aquest últim tindrà dret a reunir-se novament amb l'òrgan competent de la SE per tal d'intentar arribar a un acord.

4.1.2. ELS DRETS D'INFORMACIÓ, CONSULTA I DE PARTICIPACIÓ EN LA DIRECTIVA 2001/86/CE:

La Directiva 2001/86/CE té com a objectiu garantir que l'establiment de les societats europees vaja acompanyat de normes sobre la implicació dels treballadors, sense reducció dels drets i pràctiques existents en les empreses participants en la seua constitució. És més, els drets dels treballadors existents amb anterioritat a la constitució de la SE representen també un punt de partida per a la configuració del seu dret a la implicació (principi d'abans-després).

En tot cas, la Directiva no estableix un model d'implicació dels treballadors en la SE, perquè l'objectiu perseguit és més modest i no busca precisament harmonitzar els drets nacionals d'implicació. En aquest sentit, segons ens expliquen en l'exposició de motius, la gran diversitat de normes i pràctiques existents en els Estats membres respecte a la forma en què els representants dels treballadors estan implicats en les decisions de l'empresa, no aconsellen que s'estableisca un model únic d'implicació dels treballadors.

Per això mateix, la Directiva 2001/86/CE ha de ser analitzada també tenint en compte la Directiva 94/45/CE o la Directiva 2002/14 que instaura un marc general relatiu a la informació i a la consulta dels treballadors en la Comunitat Europea, perquè la Directiva 2001/86/CE no crega un nou model en relació amb els drets d'informació, consulta i participació, simplement imposa l'obligació de garantir la informació i la consulta internacionals als treballadors, així com la seua participació.

No obstant, la Directiva només reconeix els drets d'informació, consulta i participació dels treballadors en els òrgans socials de la SE quan hi ha participació prèvia en les societats participants en la seua constitució, tal com succeeix a Alemanya, Àustria i als Països Nòrdics. A més, en cas de falta d'acord, estableix disposicions subsidiàries d'aplicació obligatòria pel que fa als drets d'informació i consulta i, en determinades circumstàncies taxades, també en relació amb els drets de participació.

De les diferents formes de “implicació” dels treballadors en l'empresa previstes en la Directiva, la més interessant és sense dubte la fórmula de la participació. No obstant, per a no crear falses il·lusions i expectatives és important dir que les dues formes d'implicació previstes en la Directiva es basen en normatives i regles diferents en àmbit comunitari i nacional. En aquest sentit, sembla certament més limitada (per obstacles de naturalesa institucional i estatutària) la implicació a través de la participació dels representants dels treballadors en els òrgans socials.

En tot cas, segons la Directiva 2001/86/CE l'establiment de les societats europees ha d'anar acompanyat de determinades normes que garanteixen la implicació dels treballadors en ella. La Directiva defineix la “implicació” com la informació, la consulta i la participació, i qualsevol altre mecanisme per mitjà del qual els representants dels treballadors poden influir en les decisions que s'adopten en l'empresa, art 2. Segons aquesta definició, sembla que la Directiva diferencia dues fórmules de “implicació”: la primera forma fa referència a la informació i a la consulta, (art 2.H i 2.J i disposicions de referència) i la segona fa referència a la participació (art 2.K i disposicions de referència).

Els drets d'informació fan referència a l'obligació dels òrgans competents de la SE de transmetre a l'òrgan de representació dels treballadors o als representants dels treballadors, la informació que afecte la SE, les seues filials o els seus establiments *en un moment, en un mode*, i amb un *contingut* que els permeten avaluar en profunditat les possibles repercussions i preparar les consultes amb l'òrgan competent de la SE. Segons aquestes previsions, sembla que l'art 2 imposa l'obligació de transmetre la informació en temps hàbil, és a dir, abans que s'haja adoptat les decisions per part dels òrgans competents de la SE i la informació subministrada ha de ser prou completa com per a emetre un judici de valor sobre les conseqüències que es poden derivar i preparar les oportunes consultes.

La consulta a què fa referència l'art 2 de la Directiva és precisament això, una consulta i no una negociació. En aquest sentit, una vegada transmesa aquesta informació es podrà iniciar un diàleg i l'intercanvi d'opinions sobre les mesures previstes per l'òrgan competent de la SE. En aquest sentit, aquest podrà tenir en compte l'opinió de l'òrgan de representació dels treballadors en el procés de presa de decisions, però no s'exigeix un acord per a dur a terme aquestes mesures, amb la qual cosa la decisió final la prendrà l'òrgan competent de la SE.

En relació amb la definició sobre la informació i la consulta prevista en la Directiva 2001/86/CE, cal dir que s'observa una definició més precisa en aquesta norma que en la Directiva 94/45/CE que defineix la consulta com: l'intercanvi d'opinions i l'obertura d'un diàleg entre els representants dels treballadors i la direcció central o qualsevol altre nivell de la direcció més apropiat.

En aquest sentit, la Directiva 2001/86/CE ha recollit alguns dels suggeriments previstos en el dictamen del CESE sobre “L'aplicació concreta de la Directiva sobre la constitució d'un comitè d'empresa europeu i sobre els aspectes que, si és el cas, haurien de ser revisats” i ha millorat la definició de la consulta. Entre les deficiències detectades en el dictamen, el CESE destacava que: queden pendents algunes qüestions fonamentals que essencialment es refereixen als aspectes següents: els conceptes “d'efecte útil” i “temps suficient” per a la informació i consulta als treballadors.

En darrer lloc, la Directiva estableix una segona forma d'implicació dels treballadors en l'empresa (que és prou més interessant): la participació. Segons la Directiva, la participació és la influència de l'òrgan de representació dels treballadors o els representants dels treballadors en una societat per mitjà de dos instruments: el dret a triar o designar determinats membres de l'òrgan d'administració o de control de la societat o per mitjà del dret a recomanar o oposar-se a la designació d'una part o de tots els membres de l'òrgan d'administració o de control de la societat.

Això sí, la Directiva únicament reconeix els drets de participació dels treballadors en els òrgans socials de la SE quan hi ha participació prèvia en les societats participants en la seua constitució, tal com succeeix a Alemanya, Àustria i els Països Nòrdics. En aquest sentit, les disposicions de referència són clares: si cap de les societats participants estigués regida per les norma de participació abans de la inscripció de la SE, aquesta no estarà obligada a establir disposicions en matèria de participació dels treballadors, part tercera de les disposicions de referència.

En canvi, quan en una o més de les societats existesquen drets de participació, en principi, els esmentats drets han de preservar-se per mitjà de la seua transferència a la SE, tret que les parts estableixen una altra cosa, considerant 7 de l'exposició de motius de la Directiva 2001/86/CE. Segons aquesta previsió, la llavor d'estendre els drets de participació a les societats de la SE depèn de la negociació entre la comissió negociadora i els òrgans competents de les societats participants, on les disposicions de referència són subsidiàries. Això sí, quan el resultat de les negociacions pugua determinar una reducció dels drets de participació es requereix un quòrum necessari: dos terços dels membres de la comissió negociadora, que representen, almenys, a dos terços dels treballadors, inclosos els vots dels membres que representen treballadors contractats en, almenys, dos Estats membres, art 3.4 de la Directiva.

En tot cas, de les dues formes de “implicació” dels treballadors en l'empresa, és la fórmula de la participació la més interessant per les possibilitats amb què compte a l'hora d'influir en l'empresa. En aquest sentit, la informació i la consulta se situen en l'antesala dels òrgans de direcció de les societats, perquè l'empresa compleix amb la seua obligació subministrant informació que repercuteix bàsicament en els interessos dels treballadors i sotmetent aquesta informació i les possibles mesures que es poden adoptar a la consulta i opinió dels òrgans de representació dels treballadors.

En canvi, la participació entra de ple dins de l'empresa, perquè suposa la possibilitat d'accedir als òrgans de vigilància o d'administració de l'empresa. La participació comporta la possibilitat d'accedir, en major o menor mesura, als òrgans on es pot influir i on es poden adoptar decisions importants. A més, estant allí, no sols tindran la possibilitat d'accedir a la informació que pugua afectar els interessos dels treballadors, sinó que possiblement puguen conèixer un altre tipus d'informació sobre la corporació empresarial i que vaja més enllà d'aquella que pot afectar els interessos dels treballadors.

En aquest sentit, l'òrgan de direcció informarà cada tres mesos, sobre la marxa dels assumptes de la SE i de la seua evolució previsible i li comunicarà qualsevol informació sobre els fets que poden tenir repercussions sensibles en la situació de la SE. Per la seua banda, l'òrgan de control li podrà demanar a l'òrgan de direcció tota la informació necessària per al control que exerceix. Cada membre de l'òrgan de control tindrà accés a tota la informació comunicada a aquell òrgan, art 41 del Reglament. Per la seua banda, l'òrgan d'administració es reunirà cada tres mesos per a deliberar sobre la marxa dels assumptes de la SE i de la seua evolució previsible.

Per tant, entre les dues formes de “implicació” dels treballadors en l'empresa hi ha importants diferències. La diferència més important resideix, com comentava anteriorment, en la incidència que aquestes dues formes d'implicació tenen en l'estructura de l'empresa. És obvi, que la forma de participació prevista en la Directiva s'insereix en l'esfera interna de l'empresa participant, d'alguna forma i en major o menor mesura, en determinats òrgans de la societat i en els processos decisoris.

En aquest sentit, el Reglament sobre la Societat Anònima Europea estableix que els membres de l'òrgan de control (que controla la gestió encomanada a l'òrgan de direcció) seran anomenats per la junta general. La present disposició s'entendrà sense perjudici del que disposa l'art 47.4 o, si és el cas, de les modalitats de participació dels treballadors determinades en virtut de la Directiva 2001/86/CE art 40 del Reglament.

Per la seua banda, l'òrgan d'administració (que assumeix la gestió de la SE) haurà de constar d'un mínim de tres membres quan la participació dels treballadors en la SE estiga organitzada de conformitat amb la Directiva 2001/86/CE.

Per la seua banda, l'òrgan de representació decidirà sobre el repartiment dels llocs en el si de l'òrgan d'administració o de control entre els membres representants dels treballadors dels diferents Estats membres. Tot membre de l'òrgan d'administració o, si és el cas, de l'òrgan de control de la SE que haja estat triat, designat o recomanat per l'òrgan de representació o, segons els casos, pels treballadors, serà membre de ple dret, amb els mateixos drets i obligacions que els membres que representen els accionistes, inclòs el dret de vot, disposicions de referència.

Tenint en compte les dificultats comentades en apartats anteriors sobre les dificultats que tenien, en algunes ocasions, els representants dels treballadors a l'hora d'accedir als centres on es prenen les decisions i accedir a una informació en temps hàbil i veraç, per raons òbvies, aquesta forma de participació és prou més interessant i presenta moltes possibilitats.

No obstant, també és evident que aquesta forma de participar en l'empresa és vista amb certa desconfiança per les empreses. És lògic, perquè aquesta forma de participació, encara que és una participació minoritària, entra en les entranyes de l'empresa, perquè implica que en determinats òrgans on es poden adoptar decisions rellevants i es va a accedir a una informació prou interessant, els representants dels treballadors comptaran amb persones que compten amb la seua confiança (i no necessàriament amb la confiança de l'empresa o dels accionistes).

4.1.3. LA DIRECTIVA 2002/14/CE, PER LA QUAL S'ESTABLEIX UN MARC GENERAL RELATIU A LA INFORMACIÓ I A LA CONSULTA DELS TREBALLADORS EN LA COMUNITAT EUROPEA.

Tenint en compte els problemes assenyalats en altres apartats sobre les dificultats de garantir la informació i la consulta en les reestructuracions empresarials produïdes en les empreses i grups internacionals, la UE va començar a treballar en la possibilitat de crear un marc general relatiu a la informació i a la consulta dels treballadors en la Comunitat Europea. La iniciativa va sorgir de la Comissió Europea que al 1995 la va incloure en el seu programa d'acció a mitjà termini. En la seua comunicació de 14 de novembre de 1995 va presentar un balanç de l'actuació comunitària sobre la informació, la consulta i la participació dels treballadors on destacava la necessitat de definir de nou el marc jurídic comunitari per a adoptar normes més vinculants¹⁰³⁷.

En el fons d'aquesta Directiva es trobava la creença constatada pels fets que l'existència dels Comitès d'Empresa Europeus no havien aconseguir jugar un paper important davant de determinades reestructuracions i crisis empresarials¹⁰³⁸. Com

¹⁰³⁷ “Nuevo marco general sobre información y consulta de los trabajadores en la UE”, CES, Butlletí elaborat pel Gabinet d'Estudis del Consell Econòmic i Social”, n°54, 2002,

¹⁰³⁸ GÓMEZ GORDILLO, R, “El comité de empresa europeo”, op.cit, pàg. 86. La Urgència per activar aquests procediments augmenta, perquè es té por que la implantació de la tercera fase de la Unió Econòmica i Monetària incrementa la competència entre les empreses europees. Les empreses i els treballadors han d'afrontar aquelles circumstàncies, i en aquest sentit, i segons la Comissió, els marcs

reconeix l'exposició de motius de la Directiva: “ L'existència de marcs jurídics comunitaris i nacionals destinats a garantir la participació dels treballadors en l'empresa i en les decisions que els afecten, no sempre han impedit que s'hagen adoptat i fetes públiques determinades decisions greus que afecten els treballadors, sense que hagen adoptat prèviament procediments de consulta adequats d'informació i consulta”.

Així doncs, la Directiva parteix d'una doble constatació: per una part, reconeix que la globalització de l'economia ha provocat un procés de concentració d'empreses, fusions, absorcions i associacions dins de l'àmbit europeu on és complicat garantir els drets d'informació i consulta amb els treballadors. A més, la dificultat de garantir aquests drets està causada, perquè en ocasions les decisions són adoptades per empreses radicades fora del nostre territori, però les reestructuracions es realitzen en empreses situades en alguns països europeus. Davant aquestes situacions, la Comunitat Europea assumeix que els instruments jurídics que tenim no han impedit que en algunes ocasions eludim els drets d'informació dels treballadors.

Per altra banda, les instàncies comunitàries han considerat que la vulneració d'aquests drets d'informació s'ha produït a través de dos mecanismes: eludint les consultes davant una reestructuració empresarial o negant la informació sobre la marxa de l'empresa, amb la qual cosa han impedit que fem propostes preventives. Tenint en compte aquesta realitat, destaquen la necessitat de reforçar el diàleg social i fomentar les relacions de confiança mútua en l'empresa per tal de promoure la participació dels treballadors en la marxa i futur de l'empresa i enfortir la seua competitivitat.

Tanmateix, les propostes més interessants de la Directiva 2002/14/CE en relació amb els temes de participació s'han quedat pel camí. Com explica amb molta lucidesa algun autor¹⁰³⁹ “A nivell Europeu, les exposicions de motius de les directives normalment es redacten a la francesa, mentre que els articulats son definits, cada cop més, a l'anglesa”

En qualsevol cas, la Directiva compta amb un preàmbul i catorze articles. Segons preveu el seu articulat, la norma serà aplicable en totes aquelles empreses o centres de treball situats en la Comunitat Europea, art 1. Cap deduir també, que el contingut de la Directiva serà aplicable a les empreses i grups d'empresa de dimensió comunitària¹⁰⁴⁰ i a les filials d'aquelles multinacionals radicades en el territori europeu. Aquestes estaran obligades també a informar als seus treballadors a través dels seus representants sobre la marxa de l'empresa¹⁰⁴¹.

jurídics d'informació vigents no estan suficientment adaptats, ja que a sovint es troben orientats cap a un tractament a posteriori dels processos de canvi.

¹⁰³⁹ ZUFIAUR, JM, “Respuestas locales”, el País, 28 d'octubre de 2001.

¹⁰⁴⁰ En un mateix sentit es pronuncia: BAZ RODRÍGUEZ, J, “Las relaciones de trabajo en la empresa de grupo”, op.cit, pàg. 388. Paradoxalment, el nou text projectat, a diferència dels seus tres antecedents més importants, no recull una menció explícita a la informació i consulta en les empreses de grup. No obstant, això no significa que hem de rebutjar automàticament aquella opció. L'esmenta norma no imposa l'existència d'òrgans de representació a aquell nivell, però exigeix “l'efecte útil” dels drets d'informació i consulta. A més, “El marc general” d'informació i consulta pretén ser flexible, per tant hauran de ser els legisladors interns aquells que hauran d'autoritzar als interlocutors socials en el nivell apropiat i hauran de definir lliurement les modalitats per aplicar les disposicions referents a la informació i consulta.

¹⁰⁴¹ La present Directiva no ha d'afectar les disposicions més específiques de la Directiva: 98/59, 2001/23 o 94/45, i alhora les disposicions de la present norma no han de constituir un motiu suficient per tal de justificar la reducció del nivell general de protecció dels treballadors en els seus àmbits. Consideració n°29, 30, 31 de la Directiva 2002/14.

Per la seua banda, els Estats membres determinaran les modalitats pràctiques de l'exercici del dret d'informació o consulta al nivell que procedesca. Tanmateix, la Directiva estableix els requisits mínims de contingut i forma que ha de respectar aquelles modalitats pràctiques d'informació i consulta. Així doncs, la informació es facilitarà en un moment, d'una manera i amb un contingut apropiat. De forma tal, que els representants dels treballadors puguen examinar adequadament la informació i prepara la consulta i reunir-se amb l'empresa. Però és més, la consulta es realitzarà al nivell pertinent de direcció i representació, en funció del tema analitzat.

Pe que fa al contingut mínim de la informació facilitada als representants dels treballadors, la Directiva preveu que aquesta haurà d'abordar tres aspectes, art 4: en primer lloc, l'empresa els haurà d'informar sobre l'evolució recent i probable de les activitats de l'empresa o centre de treball i de la seua situació econòmica. En segon lloc, hauran de informar sobre l'estructura i evolució probable de l'ocupació i de les eventuais mesures preventives previstes, sobretot, quan existeix algun risc en els nivells d'ocupació. I en tercer lloc, hauran d'informar sobre les decisions que poden provocar canvis estructurals en l'organització del treball i en l'ocupació.

Per altra banda, la Directiva no es limita a recollir el tipus d'informació i el moment en què s'ha de realitzar la consulta. A més, obliga els Estats a preveure mecanismes adequats destinats a dissuadir aquells que pretenen ometre les previsions d'aquelles normes i obliga els Estats a preveure sancions efectives i proporcionals, art 8 D 2002/14.

Així doncs, a través de l'articulat de la Directiva, la Comunitat Europea tracta de promoure i reforçar la informació i consulta sobre la situació i l'evolució probable de l'ocupació en l'empresa, sobre aquelles circumstàncies que fan perillar llocs de treball, sobre les mesures preventives de caràcter formatiu destinades a reduir els efectes negatius i sobre la readaptació dels treballadors afectats per aquestes situacions, art 2 de la Directiva 2002/14. Com reconeix la Directiva, "la informació i consulta amb suficient antelació constitueix una condició prèvia per a l'èxit dels processos de reestructuracions empresarials i adaptació de les empreses a les noves condicions introduïdes per la globalització de l'economia".

Com hem comentat en altres moments, sembla que la Directiva pretén incorporar en les estratègies empresarials els conceptes de "prevenció", "anticipació" i "ocupabilitat". Segons diu l'exposició de motius de la Directiva, la Comunitat està aplicant una estratègia per a l'ocupació basada en aquells conceptes i aquests també haurien d'incorporar-se com a elements claus en les polítiques d'empresa, perquè les empreses també poden influir positivament en l'ocupació intensificant el diàleg social.

Tanmateix, també és cert que la norma permet que aquestes empreses situades en l'espai europeu qualifiquen com a confidencials determinades informacions, amb la qual cosa impedeixen que aquesta arribe als treballadors, art 6.

5. ELS NOUS PLANTEJAMENTS EUROPEUS SOBRE LA RESPONSABILITAT SOCIAL CORPORATIVA:

5.1. LES REESTRUCTURACIONS SOCIALMENT RESPONSABLES:

Com s'ha comentat en altres moments, la creixent globalització econòmica ha produït una creixent concentració, reagrupació i creació de grans grups internacionals, així com algunes alarmants reestructuracions empresarials, on no sempre s'han pogut garantir ni tots els interessos de les parts implicades ni els drets d'informació i consulta. aquestes deficiències van impulsar les instàncies comunitàries a treballar en un nou concepte: la responsabilitat social corporativa i en una nova forma de gestionar les reestructuracions empresarials: les reestructuracions socialment responsables.

Les instàncies comunitàries tenen molt present que Europa necessita un nou paradigma que se concentre en la transformació industrial de rostre humà i estiga basat en la competitivitat, el desenvolupament sostenible i la cohesió econòmica, social i territorial¹⁰⁴². En aquesta línia la UE fa un crida especial al sentit de responsabilitat social de les empreses perquè tinguin en compte les necessitats i les millors pràctiques en l'organització del treball i en les reestructuracions empresarials.

En general, es demana a les empreses que fomenten el diàleg social i la participació dels representants dels treballadors, les autoritats públiques, els consumidors i els proveïdors, cadascun en els seus respectius nivells, ja que aquesta forma d'actuar pot ser un instrument que contribueix a la cohesió social.

Aquest tipus d'exigències semblen lògiques, si entenem que les empreses no estan aïllades del seu entorn, sinó que estan integrades en ell, interactuen en un entorn local i poden contribuir al desenvolupament de les comunitats en què s'insereixen, però de la mateixa manera poden perjudicar el seu desenvolupament a través de reestructuracions o actuacions irresponsables. En el fons, la responsabilitat social corporativa implica un nou model d'empresa. Es tracta d'un model d'empresa innovador i compromès amb l'interès general, amb la formació, amb la qualitat, amb la societat i amb el mediambient.

Es tracta d'una empresa que inclou en les seues estratègies empresarials compromisos socials i mediambientals. Una empresa que realitza reestructuracions socialment responsables, buscant la implicació de totes les parts implicades i possibilitant una gestió socialment acceptable de les transformacions industrials i que aplica polítiques d'acompanyament social per a minimitzar els costos socials de les reestructuracions.

Encara que les iniciatives sobre la responsabilitat social de les empreses són incipients i heterogènies, no cessen de produir-se noves propostes sobre aquest nou model d'empresa. Des que en el 2001 la Comissió Europea iniciés aquest debat i reflexió a través del Llibre verd "fomentar un marc europeu per a la responsabilitat social de les empreses", s'han succeït diverses iniciatives que han avançat en aquest

¹⁰⁴² Dictamen del CESE sobre "Transformacions industrials en Europa: balanç i perspectives", DOC 10 de 14/01/2004.

terreny¹⁰⁴³ i que s'emmarquen en altres propostes d'organismes internacionals, analitzades anteriorment, com: la Declaració Tripartida de l'OIT, les Directrius per a empreses multinacionals de l'OCDE o el Pacte Mundial de Nacions Unides.

Per la seua banda, el Consell Europeu de Lisboa va fer un crida a la responsabilitat social de les empreses, i l'Agenda Social de la Comissió, aprovada posteriorment pel Consell Europeu de Niza, va destacar el paper que pot exercir la responsabilitat social de les empreses per a afrontar les conseqüències en matèria d'ocupació i socials de la integració econòmica i de mercats i per a adaptar les condicions laborals a la nova economia.

Encara que anteriorment ja s'ha perfilat el concepte de responsabilitat social corporativa, sembla convenient oferir un concepte més precís per a poder aprofundir sobre les diferents implicacions que tenen aquests plantejaments. Segons es dedueix del Llibre verd, “fomentar un marc europeu per a la responsabilitat social de les empreses”¹⁰⁴⁴, la responsabilitat social suposa l'assumpció voluntària de compromisos que van més enllà de les obligacions reglamentàries i convencionals (però sense substituir la normativa existent), i que les empreses haurien de complir. Es tracta d'eleva els nivells de desenvolupament social i de protecció del mediambient a través de l'assumpció voluntària d'aquests compromisos i per mitjà de la participació de totes les parts implicades.

Amb aquestes iniciatives es pretén evidenciar la importància del diàleg social i de la participació i cooperació dels treballadors com a clau per a una gestió positiva de les transformacions industrials. La idea és establir un model de governança obert que concilie els interessos de totes les parts implicades en un enfocament global de qualitat i viabilitat. El que es propugna és, en definitiva, que les empreses incloguen una dimensió social i mediambiental als seus plans empresarials i tracten d'equilibrar els interessos econòmics amb els socials i els mediambientals, perquè només assumint aquests compromisos podrem aconseguir un creixement econòmic sostenible amb major cohesió social com defèn l'estratègia de Lisboa.

Evidentment, ningú diu que la consecució d'aquests objectius siga fàcil o estiga exempta de dificultats pràctiques, sobretot, quan es tracta d'integrar una dimensió mediambiental a les estratègies empresarials. És cert que el Llibre Verd “fomentar un marc europeu per a la responsabilitat social de les empreses” defèn una gestió empresarial responsable de l'impacte ambiental de les seues activitats i dels recursos naturals. Segons ens diuen, la disminució del consum dels recursos i les emissions contaminants, també pot resultar avantatjosa per a l'empresa en reduir les seues despeses

¹⁰⁴³ Dictamen del Comitè Econòmic i Social sobre Transformacions industrials i cohesió social i territorial, 2004/C 302/11. Comunicació a la Comissió “Reestructurar i ocupació”, COM (2005) 120 final. Dictamen del Comitè Econòmic i Social sobre “Acompanyar els canvis estructurals: una política industrial per a l'Europa ampliada, COM (2004) 274 final. Resolució del Parlament Europeu, versió provisional, sobre les conseqüències econòmiques i socials sobre les reestructuracions i l'ocupació, Dijous, 6 de juliol del 2006, P6_TA_PROV(2006)0315. Resolució del Parlament Europeu sobre les reestructuracions i l'ocupació, dimecres, 15 de març del 2006, P6_TA(2006)0088, A6-0031/2006. Dictamen del Comitè Econòmic i Social sobre “El diàleg social i la participació dels treballadors, claus per a avançar-se a les transformacions industrials i gestionar-les, 2006/C 24/17.

¹⁰⁴⁴ COM (2001) 366 final. Brussel·les, 18.7.2001.

energètics i disminuir els insums i les despeses de descontaminació. No obstant, la inclusió d'aquestes recomanacions també pot repercutir en la productivitat i inclús en les relacions laborals.

En aquest sentit, des dels sectors empresarials no veuen amb la mateixa claredat els avantatges d'aquests plantejaments mediambientals que presenten certa sintonia amb el contingut del Protocol de Kiot. És més, consideren que l'estricta aplicació d'aquests plantejaments, lluny de produir aquells efectes avantatjosos, podria produir, en un horitzó de cinc anys, el tancament o la deslocalització de més de seixanta empreses del sector del taulell i la pèrdua de 5.800 llocs de treball directes a Espanya, un descens d'un 26% en la producció i una pèrdua del 30% en la quota que el sector ostenta en el comerç internacional. Aquesta deslocalització es dirigiria cap a països més ineficients en termes d'emissions¹⁰⁴⁵.

Malgrat aquestes dificultats, sembla lògic defensar una gestió empresarial responsable (en tots els nivells) de les transformacions industrials i dels processos de canvi que es produeixen en el mercat. Així és, encara que una de les responsabilitats principals de les empreses consisteix a generar beneficis, aquestes poden contribuir a l'èxit dels objectius socials i mediambientals integrant la responsabilitat social en les seues estratègies empresarials.

Segons aquestes idees, l'empresa és un component de la societat humana i no sols un anella del sistema econòmic. La seua principal funció és produir béns o prestar serveis, però la responsabilitat social de les empreses pot contribuir a la cohesió econòmica i social. En aquest sentit, el model europeu d'economia social no considera l'empresa com una simple societat de capitals o un cúmul de contractes, sinó també com una col·lectivitat en què hauria de predominar el diàleg social¹⁰⁴⁶.

La societat de capitals només existeix gràcies als seus accionistes, però l'empresa és un element de la societat humana i no una simple anella del sistema econòmic. Per tant, l'assumpció de la responsabilitat social per part de les empreses, significa, entre altres coses, administrar una cartera de valors no només en funció dels resultats financers, sinó també integrant criteris relatius a la societat i al mediambient. “La responsabilitat social és una plasmació microeconòmica del concepte macroeconòmic de desenvolupament sostenible”¹⁰⁴⁷. Es tracta d'integrar en la gestió i en l'estratègia empresarial, criteris de responsabilitat social corporativa.

Aquests nous plantejaments sobre la responsabilitat social comporten una innovació econòmica i una nova concepció de l'empresa, perquè fan referència a un nou sistema de gestió empresarial en l'àmbit econòmic, social i mediambiental i exigeixen una major transparència informativa. En aquest sentit, “la Responsabilitat Social Corporativa constitueix un factor econòmic que, més enllà del benefici immediat, s'integraria en el procés de creació de valor que afronta l'activitat empresarial”¹⁰⁴⁸.

¹⁰⁴⁵ El mundo, 5 de diciembre de 2003,

¹⁰⁴⁶ Dictamen del CESE sobre el tema “Instrumentos d'informació i avaluació de la responsabilitat social de les empreses en una economia globalitzada”, 2005/C 286/04.

¹⁰⁴⁷ Dictamen del Comitè Econòmic i Social Europeu sobre el tema “instrumentos d'informació i avaluació de la responsabilitat social de les empreses en una economia globalitzada”, 2005/C 286/04.

¹⁰⁴⁸ “Iniciatives i debats sobre responsabilitat social corporativa”, Butlletí de l'Observatori de Relacions Industrials, CES, n°73, 2004, pàg 1.

En definitiva, la responsabilitat social implica la integració voluntària, per part de les empreses, de les preocupacions socials i mediambientals en les seues operacions comercials i en les seues relacions amb els interlocutors¹⁰⁴⁹. Aquests plantejaments han de repercutir en la gestió de les reestructuracions i en l'adaptació de les empreses als canvis que es produeixen en el mercat. L'àmplia reestructuració que té lloc a Europa suscita preocupació entre les parts implicades, perquè el tancament de determinades empreses pot provocar una crisi econòmica, social i política en les zones on s'assenten aquestes empreses.

És cert que una de les conseqüències de la globalització és una creixent concentració, reagrupació i creació de grans grups internacionals davant d'un creixent augment de la competitivitat. És cert també, que les mutacions econòmiques, provocades per diferents motius, són de vegades inevitables i les empreses i els treballadors han d'adaptar-se sense parar per a generar creixement i ocupació. Però, no podem negar que les conseqüències de les reestructuracions entren de vegades en contradicció amb els objectius de Lisboa: plena ocupació, cohesió social i desenvolupament sostenible.

Per tant, encara que la reestructuració és de vegades una condició de supervivència de l'empresa, aquesta és un problema quan no hi ha altres alternatives adequades d'ocupació disponibles en la regió afectada o quan les possibilitats de mobilitat són inexistent. Per això mateix, les reestructuracions d'empreses han de dur-se a terme d'una manera socialment responsable, perquè d'una altra manera poden contradir l'Estratègia de Lisboa.

Segons aquestes darreres idees, reestructurar des d'un punt vista socialment responsable implica que hem de tenir en compte tots els interessos de les parts implicades: els interessos econòmics, però també els socials. És necessari buscar la participació i la implicació de tots els afectats a través d'una informació i una consulta oberta. Les reestructuracions han de preparar-se adequadament: identificant els riscos més importants, calculant tots els costos directes i indirectes de les estratègies, alhora que és necessari avaluar les mesures alternatives i les opcions que ens permeten reduir els acomiadaments.

En aquest sentit, les reestructuracions resulten més fructíferes si en elles col·laboren els representants dels treballadors, les autoritats públiques i les empreses. La participació i la implicació de totes les parts implicades és un valor afegit per a l'èxit de la reestructuració, no només en termes empresarials, sinó també en termes socials.

També en aquests planejaments es troba subjacent la idea d'incorporar a les estratègies empresarials les idees de "anticipació", "prevenció" i "ocupabilitat". Segons algunes iniciatives que s'han produït en aquest àmbit¹⁰⁵⁰, és essencial garantir una bona gestió de les reestructuracions. Adaptar-se al canvi és vital per a les empreses, com també ho és actuar ràpidament, perquè els permet preservar i desenvolupar la seua

¹⁰⁴⁹ Dictamen del CESE sobre el tema "Instruments d'informació i avaluació de la responsabilitat social de les empreses en una economia globalitzada", 2005/C 286/04.

¹⁰⁵⁰ Comunicació de la Comissió. "Reestructuracions i ocupació. Anticipar y acompanyar les reestructuracions per a desenvolupar l'ocupació: el paper de la UE". COM (2005) 120 final. Brussel·les, 31.3.2005. pàg. 2.

competitivitat. D'altra banda, per a mantenir la cohesió social és necessari aplicar polítiques d'acompanyament social per a minimitzar els costos socials i promoure la busca de fonts alternatives d'ocupació.

En les reestructuracions empresarials haurien de tractar de salvaguardar els drets dels treballadors i oferir-los cursos de reciclatge, modernitzar els instruments i els processos de producció per a desenvolupar les activitats de l'emplaçament i establir procediments d'informació, diàleg, cooperació i associació. Les empreses haurien d'assumir la seua quota de responsabilitat pel que respecta al manteniment de l'ocupabilitat del seu personal¹⁰⁵¹.

5.1.1. ELS ELEMENTS BÀSICS DE LES REESTRUCTURACIONS SOCIALMENT RESPONSABLES:

5.1.1.1. LA INFORMACIÓ I LA CONSULTA SOBRE LES TRANSFORMACIONS INDUSTRIALS.

Les transformacions industrials són una adaptació necessària a les condicions d'un entorn econòmic canviant. Evidentment, la reacció tardana o l'absència de resposta per part de l'empresa condueix a la perduda de competitivitat, fa perillar els llocs de treball i en el pitjor dels casos pot suposar el tancament total o parcial de l'empresa. Una reestructuració mal gestionada no només no pot aconseguir l'objectiu buscat: garantir la continuïtat i la viabilitat de l'empresa, sinó que a més pot perjudicar la imatge corporativa i crear una atmosfera de resistència a les transformacions. Per a evitar aquestes situacions, és necessari informar amb antelació, implicar a totes les parts en la reestructuració i actuar anticipadament amb l'objectiu de dur a terme reestructuracions socialment responsables.

Allò que es defèn amb aquests plantejaments no és altra cosa que la necessitat d'estudiar i prevenir les condicions futures de competència i exigència dels mercats que ens permeta programar amb certa antelació les adaptacions a l'entorn, amb l'objectiu de minimitzar els problemes socials i de productivitat de les empreses. Però per dur a terme aquestes actuacions, cal fomentar la negociació i el diàleg social en les empreses perquè les reestructuracions siguen abordades de manera socialment responsable, a través d'una actitud positiva per part de l'Administració i dels treballadors de les empreses que permeta trobar solucions encertades per a les empreses, els treballadors i la col·lectivitat, amb la qual cosa aconseguiríem un equilibri entre allò social i allò econòmic.

En aquest sentit, l'Agenda Social Europea, adoptada en la Cimera de Niza, dins de l'apartat "Anticipar-se als canvis de l'entorn de treball i traure partit d'aquests, desenvolupant un nou equilibri entre flexibilitat i seguretat" fa referència a la participació dels treballadors i diu recolzar les iniciatives relatives a la responsabilitat social de les empreses i a la gestió del canvi. Segons els plantejaments comunitaris, la informació i la consulta amb els representants dels treballadors són fonamentals per a gestionar amb èxit la reestructuració empresarial i per a prevenir les crisis i actuar

¹⁰⁵¹ Llibre Verd. "Fomentar un marco europeu per a la responsabilitat social de les empreses". COM (2001) 366 final. Brussel·les, 18.7.2001. pàg 11.

anticipadament. Però a més, com és obvi, la seua participació és fonamental per a gestionar una reestructuració inevitable i immediata.

No obstant, per a poder prevenir les transformacions industrials i actuar anticipadament i reduir els efectes més negatius de les reestructuracions, és necessari conèixer l'evolució dels sectors i l'evolució i la situació de l'empresa per poder preveure els reptes i desafiaments a què haurà de fer front l'empresa i gestionar d'una forma responsable la reestructuració. En aquest sentit, els interlocutors socials, pels seus coneixements del sector i de l'empresa, poden complir una funció d'alerta. Els coneixements que aquests tenen els permeten actuar en moments de crisi, però també poden intervenir quan observen una evolució preocupant.

Aquest darrer tipus d'intervenció és la que més s'adequa amb els plantejaments que defenen la necessitat anticipar-se i acompanyar els processos de reestructuració i la que permet una gestió socialment acceptable de les transformacions industrials, si participen tots i si es persegueix de manera conseqüent un doble objectiu: millorar la competitivitat de l'empresa i minimitzar les conseqüències socials negatives. A nivell comunitari, consideren que "l'èxit de la reestructuració es mesura, d'una banda, en funció de la competitivitat i la capacitat d'innovació de les empreses, i per un altre, en funció de la preservació dels llocs de treball i de la gestió social de les conseqüències socials"¹⁰⁵².

Segons es dedueix de les idees exposades anteriorment, la participació de totes les parts implicades és una actitud fonamental en les reestructuracions socialment responsables. És evident que les transformacions, reorganitzacions o reestructuracions afecten els treballadors, perquè en el millor dels casos poden suposar una modificació de les condicions de treball i en el pitjor la perduda de llocs de treball. Per tant, és essencial que els treballadors puguin proposar mesures per a minimitzar l'impacte negatiu i optimitzar els efectes positius. Per a aconseguir estos objectius és necessari garantir la informació als treballadors sobre les transformacions industrials amb antelació suficient i de forma adequada, així com assegurar la seua participació en aquests processos.

En aquest sentit, és important explicar amb la deguda antelació als treballadors o als seus representants, la necessitat dels canvis i tenir en compte els seus interessos per a tractar d'aconseguir certa acceptació social cap a la reestructuració, però també per a poder actuar anticipadament i tractar de reduir les conseqüències més negatives de les transformacions industrials. Només així, serà possible que les reestructuracions es realitzen no només amb l'acceptació de la direcció empresarial, sinó també amb coneixement de causa per part dels treballadors i amb certa acceptació social.

No obstant, com ja anticipava anteriorment, per a gestionar de mode responsable les reestructuracions és necessari que els representants dels treballadors desenvolupen en comú perspectives a llarg termini i per a això és necessari que existesca cooperació i una cultura de diàleg en l'empresa presidida per la confiança mútua. Estes actituds són les que permetran actuacions a llarg termini i solucions consensuades en moments de crisi. De la mateixa manera, per a poder anticipar-se a les transformacions és necessari

¹⁰⁵² Dictamen del CESE sobre "El diàleg social i la participació dels treballadors, claus per a avançar-se a les transformacions industrials i gestionar-les 2006/C 24/17.

conèixer les seues causes i el seu context. Per tant, és vital que els representants dels treballadors duguen a terme intercanvis periòdics sobre les perspectives del sector i de l'empresa i és necessari que l'empresa assumisca el compromís d'informar amb transparència i subministre informació veraç.

En aquest sentit, des de les instàncies comunitàries defenen la cooperació i la participació i ens diuen que: “Amb mires a generar una actitud positiva cap a les transformacions, convindria en primer lloc crear (sobre la base d'una cultura empresarial orientada cap a la participació) una sensibilitat comuna enfront d'elles i desenvolupar les possibilitats de gestió dels interlocutors socials”¹⁰⁵³.

El que es defèn a nivell comunitari és que l'empresa es comprometa voluntàriament a tenir en compte les expectatives i els interessos de les parts interessades i a reforçar la transparència de les seues actuacions en aquest àmbit. Acceptar el diàleg amb les parts interessades suposa que l'empresa manté el control de tot allò al que ha de comprometre's¹⁰⁵⁴.

En definitiva, la participació i la cooperació amb els representants dels treballadors són aportacions essencials per a una gestió socialment acceptable de les transformacions i la preservació de l'ocupabilitat. Com reconeixen les instàncies comunitàries, “Allò ideal seria que les empreses es desenvoluparen com a organitzacions interactives, amb actuacions proactives. Això fomentarà la innovació de l'empresa i, en última instància, també la seua competitivitat”¹⁰⁵⁵.

5.1.1.2. LA PONDERACIÓ DELS INTERESSOS ECONÒMICS I SOCIALS. LES MESURES D'ACOMPANYAMENT SOCIAL.

Com s'ha mantingut al llarg d'aquestes pàgines, en una reestructuració no només podem tenir en compte els interessos econòmics, sinó també els socials i és necessari reduir al màxim les conseqüències més negatives que produeix sempre una reestructuració sobre els treballadors, la societat i el mercat de treball, a través de les mesures d'acompanyament social i de la recerca de fonts alternativa d'ocupació.

Tanmateix, aquesta dimensió de les reestructuracions és en la majoria de les ocasions la més oblidada. En aquest sentit, algunes de les reestructuracions que s'han conegut en els darrers anys han constatat les clares insuficiències de les Directives existents per a minimitzar l'impacte social de les reestructuracions en la societat, en el mercat de treball i en les zones on se situen les empreses.

No obstant, aquests nous plantejaments sobre les reestructuracions socialment responsables insisteixen en la idea d'incorporar en les estratègies empresarials els conceptes de “anticipació”, “prevenció” i “ocupabilitat”. Les reestructuracions es perceben, evidentment, com un fenomen negatiu sobre l'ocupació i les condicions de

¹⁰⁵³ Dictamen del Comitè Econòmic i Social sobre “El diàleg social i la participació dels treballadors, claus per a avançar-se a les transformacions industrials i gestionar-les”, 2006/C 24/17.

¹⁰⁵⁴ Dictamen del Comitè Econòmic i Social sobre “El diàleg social i la participació dels treballadors, claus per a avançar-se a les transformacions industrials i gestionar-les”, 2006/C 24/17.

¹⁰⁵⁵ Dictamen del Comitè Econòmic i Social sobre “El diàleg social i la participació dels treballadors, claus per a avançar-se a les transformacions industrials i gestionar-les”, 2006/C 24/17.

treball, per això és necessari acompanyar aquesta evolució de tal manera que els seus efectes sobre l'ocupació i les condicions de treball siguen el més transitòries possibles. Les transformacions industrials han d'anar acompanyades de mesures socials que faciliten la reinserció laboral dels excedents de plantilla, com ara: reciclatge, formació, valoració de les competències professionals i seguiment de les seues trajectòries professionals, revitalització de les bases d'ocupació i inclús de les mesures d'autoocupació.

Es tracta que les empreses assumequen la seua quota de responsabilitat pel que respecta al manteniment de l'ocupabilitat del seu personal¹⁰⁵⁶. A més, una actuació en aquest sentit pot ajudar a la consecució d'alguns dels objectius de Lisboa: promoció de l'ocupació i cohesió social i territorial. És essencial que les reestructuracions empresarials incloguen mesures d'acompanyament social.

En realitat aquests plantejaments no són tan nous. De fet formen part de la filosofia de la Directiva 98/59/CE sobre acomiadaments col·lectius i d'algunes Recomanacions de l'OIT. La Directiva 98/59/CE estableix que les consultes versaren, com a mínim, sobre les possibilitats d'evitar o reduir els acomiadaments i d'atenuar les seues conseqüències, per mitjà del recurs o mesures socials d'acompanyament destinades, en especial, a l'ajuda per a la readaptació o la reconversió dels treballadors acomiadats.

Per la seua banda, la Recomanació núm.166 de l'OIT preveu, entre les possibles mesures que poden ser tractades en les consultes, els suggeriments següents: limitació de la contractació temporal, disminució natural del personal, trasllats interns, formació i el reconversió dels treballadors, el retir anticipat voluntari, disminució de les hores extraordinàries i la reducció de la jornada de treball.

La Recomanació també té en compte la necessitat de facilitar la reinserció laboral dels excedents de plantilla i recomana la possibilitat d'acordar un dret de retorn dels treballadors acomiadats "si l'ocupador torna a contractar treballadors amb qualificacions comparables", art 24.1. A més, suggereix que l'empresari i els representants dels treballadors haurien de promoure la col·locació dels treballadors afectats través d'altres ocupacions adequades. "Sempre que siga possible, l'ocupador hauria d'ajudar als treballadors afectats buscar un altra ocupació", art 25 Recomanació núm.166.

No obstant, les mesures laborals i socials destinades a reduir les conseqüències negatives de les reestructuracions, no només han de produir-se quan la reestructuració està decidida, sinó que es poden acordar anticipadament per a disminuir el número de possibles afectats per una reestructuració. Per tant, no només hem d'actuar anticipadament, com propugnen les instàncies comunitàries, per a preservar la competitivitat de les empreses i reduir les dimensions i les conseqüències d'una reestructuració empresarial, sinó que també en aquest àmbit cal actuar anticipadament per a millorar l'ocupabilitat dels possibles treballadors afectats per una reestructuració, amb l'objectiu de facilitar la seua reinserció laboral.

¹⁰⁵⁶ Llibre Verd. "Fomentar un marco europeu per a la responsabilitat social de les empreses". COM (2001) 366 final. Brussel·les, 18.7.2001. pàg 11.

Actuar anticipadament per a preservar l'ocupabilitat dels possibles afectats pels canvis industrials exigeix fomentar la formació permanent, revisar les qualificacions professionals dels possibles treballadors afectats, fomentar la polivalència i millorar les habilitats professionals. Les actuacions en aquest àmbit ens permetran d'una banda, reduir el percentatge d'acomiadaments quan la reestructuració siga inevitable, perquè l'adopció de moltes de les mesures d'acompanyament social dependrà de la formació dels treballadors, i d'altra banda, facilitar la seua reinserció laboral en cas d'acomiadament.

Actuar en aquest sentit és vital perquè, com reconeixen a nivell europeu, Europa crea ocupacions, però les persones acomiadades no necessàriament accedeixen a les noves ocupacions creades, perquè la localització i les qualificacions requerides no són exactament les mateixes. Aquesta situació afecta més concretament els grups més vulnerables, en particular els treballadors poc qualificats¹⁰⁵⁷. És per això, que tots s'haurien de comprometre a garantir l'accés a la formació de les persones menys qualificades. Això representa una condició necessària per a la viabilitat econòmica. Segons es diu: "A escala empresarial, la gestió de les competències ha de contemplar un acord i un enfocament comú entre l'empresa i els treballadors pel que fa a les necessitats de formació i qualificacions"¹⁰⁵⁸.

Però a més, a nivell europeu destaquen que és necessari tenir més en compte "els efectes ocults" de les reestructuracions, com els que afecten la salut dels treballadors. S'ha observat que es detecten certes patologies mèdiques i trastorns psicològics en les persones directament amenaçades pels acomiadaments, i que entre els esmentats treballadors es registra una taxa de mortalitat dues vegades superior en el transcurs dels cinc primers anys següents al seu acomiadament. En aquest sentit, el Parlament Europeu¹⁰⁵⁹ considera que no és convenient limitar les ajudes financeres a l'aspecte estructural de les reestructuracions per a ser capaços de tenir en compte la dimensió humana d'aquests desafiaments i fer que l'ajuda individualitzada als treballadors siga una prioritat.

En definitiva, segons el Dictamen del CESE "Transformacions industrials i cohesió econòmica, social i territorial"¹⁰⁶⁰ existeixen molts exemples d'empreses que han acudit a pràctiques socialment responsables per a resoldre les seues estratègies de transformacions i reestructuració industrial. A tall d'exemple, el Dictamen cita el cas del grup siderúrgic Arcelor que a causa de un problema de sobrecapacitats estructurals de producció d'acer i amb l'objectiu de millorar les sinergies, va decidir tancar progressivament els alts forns de Lieja i reduir la producció de Bremen i Eisenhüttenstadt. Però davant la perduda dels llocs de treball que produiria aquesta mesura, l'empresa es va comprometre a: no abandonar a cap treballador amb problemes d'ocupació, a recuperar els centres afectats i, amb l'ajuda de tots els interessats, a contribuir a la reindustrialització dels teixits econòmics locals.

¹⁰⁵⁷ Comunicació a la Comissió "Reestructuracions i ocupació", COM (2005) 120 final. Pàg 4

¹⁰⁵⁸ Dictamen del CESE sobre "Transformacions industrials i cohesió econòmica, social i territorial", 2004/C 302/11.

¹⁰⁵⁹ Resolució del Parlament Europeu sobre les reestructuracions i l'ocupació, dimecres 15 març de 2006, A6-0031/2006.

¹⁰⁶⁰ 2004/C 302/11.

En canvi, també existeixen exemples negatius. En aquell mateix Dictamen, el CESE destacava que com a exemple la reestructuració de la indústria automobilística en el sud d'Itàlia, que pretenia transferir part de la seua activitat de subcontractació a un país estranger sense preveure ni organitzar mesures suficients d'acompanyament i solució dels problemes socials així generats.

Així doncs i tenint en compte el contingut d'aquell Dictamen, podem extreure alguns exemples de bones pràctiques que ens permetran dur a terme reestructuracions socialment responsables. A grans trets, podem citar les següents actuacions: anticipar-se i resoldre en les primeres fases les qüestions relacionades d'ocupació relacionades amb les reestructuracions. Estudiar l'impacte directe i indirecte d'aquesta en la regió afectada. La intervenció i mobilització dels agents socials sobre el terreny. Valorar la negociació col·lectiva i el diàleg social entre l'empresa, els representants dels treballadors a nivell local i regional a l'hora de buscar solucions alternatives a les decisions estratègiques de les deslocalitzacions de les empreses.

També són pràctiques que contribueixen a dur a terme una reestructuració socialment responsable les següents actuacions: l'acompanyament social de les transformacions, la negociació de compromisos de les empreses sobre la possibilitat d'establir negocis amb els treballadors que són acomiadats i la recerca de solucions innovadores fomentant les iniciatives empresarials. En definitiva, es tracta de buscar fórmules de reestructuracions que siguin beneficioses per a les empreses, els treballadors i la col·lectivitat.

CONCLUSIONS:

Al llarg d'aquest treball s'ha tractat d'analitzar el tractament que ha rebut els acomiadaments per causes empresarials a nivell legislatiu i judicial i posar en relleu els principals problemes que envolten els acomiadaments col·lectius. L'objectiu buscat era realitzar un anàlisi unitari dels acomiadaments col·lectius i reflexionar sobre el nou tractament que les reestructuracions empresarials comencen a rebre a nivell comunitari. Arribat aquest moment, és tracta de sintetitzar algunes de les idees que han estat desenvolupades al llarg d'aquestes pàgines i extreure algunes conclusions:

1) Com s'ha posat en relleu en aquest treball, les principals reformes que han afectat els acomiadaments per causes empresarials han centrat els seus esforços a fer més flexible el seu règim jurídic. L'objectiu buscat era permetre i facilitar l'adaptabilitat de les empreses a un entorn econòmic més obert i canviant i introduir alhora, mecanismes que permetés a les empreses adaptar-se als processos de canvi i a l'augment de la competitivitat.

Es deia i es diu, que les empreses es troben subjectes a reorganitzacions permanents causades per l'existència d'un mercat caracteritzat per la incertesa, els canvis continus i l'augment de la competitivitat interna i internacional. Davant aquestes circumstàncies, les empreses han d'articular estratègies que les permeta assolir el major èxit competitiu, amb la qual cosa es fa necessari un sistema que facilite les reestructuracions i les reorganitzacions i l'adaptació al canvi. Les operacions de sanejament empresarial, les reestructuracions o les reorganitzacions apareixen doncs, com un element estructural de la present conjuntura econòmica.

En aquest nou clima econòmic, el règim jurídic dels acomiadaments per causes empresarials ha estat vist sempre com un problema, perquè era "massa rígid" i no facilitava la consecució d'aquells objectius. És per això, que tradicionalment des d'alguns sectors s'ha defensat la necessitat d'introduir un règim més flexible i més barat dels acomiadaments per causes empresarials.

De vegades, sembla que tots els problemes de competitivitat i adaptabilitat que pateixen les empreses tenen el seu origen exclusivament en el règim jurídic d'aquests acomiadaments i no en altres factors relacionats amb la productivitat. Possiblement, en algunes ocasions, la regulació d'aquests acomiadaments no ha facilitat l'adaptabilitat de les empreses però, segurament, les poques inversions en investigació i innovació i la descordinació de les polítiques industrials tampoc han ajudat a millorar la competitivitat de les empreses.

Cada cop amb major intensitat, podem observar com subordinen les polítiques sociolaborals a les exigències de flexibilitat del mercat de treball i del mercat econòmic. Tanmateix, cal insistir en la idea que la competitivitat de les empreses no es pot basar exclusivament en la reducció de costos laborals i en reformes de la legislació laboral, perquè sempre trobarem països que produeixen amb costos laborals menors als nostres. La competitivitat de les empreses i la seua adaptabilitat a l'entorn requereixen certament mesures laborals però, també reformes integrals de caràcter econòmic i fiscal i segurament d'altre tipus.

Enfront d'aquells plantejaments que es basen en la flexibilitat dels acomiadaments per causes empresarials com a mètode per aconseguir la tan necessitada adaptabilitat de les empreses, comencen a sorgir-ne altres que propugnen una nova forma d'adaptar-se als canvis del mercat, d'afrontar les crisis i de gestionar les reestructuracions. Segons diuen, la millor forma d'adaptar-se a l'entorn passa per anticipar-se al canvi. Aquesta actuació és vital per a les empreses, com també ho és actuar ràpidament, perquè les permet preservar i desenvolupar la competitivitat.

Es tracta d'organitzar adequadament el canvi i tractar de conciliar el desenvolupament social amb l'augment de la competitivitat. Les reestructuracions no poden basar-se només en raons econòmiques, sinó que han de respondre a un doble imperatiu: social i econòmic i això implica que davant una reestructuració siga necessari avaluar totes les opcions que ens permeten reduir els acomiadaments i atenuar les seues conseqüències més negatives.

Allò que es pretén, és que l'empresa exercesca de forma responsable la seua gestió estratègica i la seua capacitat de realitzar les reestructuracions. Es tracta en definitiva, d'impulsar unes reestructuracions socialment responsables. Ara bé, aquests objectius els hauríem d'aconseguir no fent més flexible el règim jurídic dels acomiadaments per causes empresarials, sinó més aviat "implicant" els representants dels treballadors en la gestió de l'empresa i establint diàlegs continus sobre la situació de l'empresa durant els quals, haurien de negociar les mesures preventives que es poden adoptar.

Allò que defenen aquests nous plantejaments és una regulació i una cultura preventiva de les reestructuracions, perquè amb caràcter general els ordenaments jurídics s'han preocupat bàsicament de donar resposta a les crisis empresarials imminents i actuals. Però aquestes respostes o solucions no serveixen adequadament per poder resoldre altres crisis, que malgrat que no impliquen una situació de inviabilitat i insolvència, poden fer perillar la continuïtat del projecte empresarial a llarg termini, ni serveixen per a solucionar els nous problemes que han d'afrontar les empreses.

2) En qualsevol cas, estem lluny d'aquests plantejaments i d'aquesta nova concepció de les reestructuracions empresarials. Malgrat que el període de consultes va rebre un impuls important a partir de la reforma de 1994, no hem aconseguit diversificar i ampliar els seus continguts i aquestes continuen servint per a augmentar les indemnitzacions i acordar plans de prejubilacions. Però, d'acord amb les idees exposades anteriorment, aquests continguts haurien de relegar-se a un segon lloc i durant les negociacions haurien de negociar fórmules per a reduir els acomiadaments, mesures destinades a aconseguir la viabilitat de l'empresa i mesures d'acompanyament social dels acomiadaments.

És innegable que els actuals continguts de les consultes no encaixen massa bé amb les possibilitats reconegudes a les parts durant les negociacions, ni amb el tractament que va rebre el període de consultes amb la reforma de 1994, per això mateix seria recomanable un canvi d'orientació de les negociacions. Però les coses són com són i els acords sobre la reestructuració es limita a recollir mesures "reparadores" dels acomiadaments i això provoca que la inserció sociolaboral dels excedents de plantilla es convertesca en una utopia, perquè l'empresa és desentén totalment d'aquest procés.

En canvi, les normes internacionals converteixen l'empresari en el principal agent de la inserció dels treballadors acomiadats per causes empresarials. La Recomanació nº166 sobre finalització de la relació de treball de 1982 preveu les següents mesures: els treballadors acomiadats per causes empresarials deurien gaudir d'una prioritat per a ser readmesos a l'empresa (dret de retorn), art 24.1 i sempre que siga possible l'empresari deuria ajudar els treballadors afectats a buscar un nou treball a través de contactes directes o amb altres empresaris.

3) Precisament aquesta nova dimensió que va adquirir el període de consultes després de la reforma de 1994 i la naturalesa dels acords sobre la reestructuració, hauria de fer que ens replantejarem el paper que ha de tenir l'autoritat laboral en les reestructuracions empresarials. És evident que en una matèria com aquesta, el control per part de l'Administració és necessari però, aquest control no deixa de plantejar problemes de diferent naturalesa: problemes amb el principi d'autonomia col·lectiva que regeix durant les consultes i problemes jurisdiccionals.

Segurament, l'autorització administrativa pot ser un mecanisme de control adequat quan el període de consultes conclou sense acord però, no té massa sentit mantenir-la quan aquest conclou amb un acord. Si partim de la premissa que les consultes es basen en el principi d'autonomia col·lectiva i que l'acord col·lectiu té una naturalesa normativa, hem d'admetre que l'acord sobre la reestructuració empresarial té un valor per ell mateix que no deriva de l'autorització administrativa, sinó del fet que és el resultat de l'autonomia col·lectiva reconeguda a les parts que l'han negociat, amb la qual cosa el paper de l'autoritat laboral en cas d'acord no s'entén massa bé, perquè el control d'aquest es pot produir a través d'altres mecanismes, com per exemple a través del control judicial.

És per això, que en les reestructuracions empresarials podria ser més útil un altre tipus de funció per part de l'autoritat laboral. La Recomanació nº166 i la Directiva 98/59 pretenen atribuir una funció mediatra a l'autoritat laboral. La seua activitat no consisteix a impedir els acomiadaments, ni tan sols pretén realitzar un control de legalitat. En una reestructuració empresarial l'autoritat laboral es limita a mediar entre les parts i buscar solucions durant un termini determinat. Però passat aquest temps, l'empresari sempre podria acabar materialitzant les mesures del seu projecte d'acomiadament col·lectiu.

Per altra banda, en cas d'acord, l'autoritat laboral podria, més que controlar l'acord, col·laborar amb les parts per a contrarestar els efectes de la reestructuració sobre el mercat de treball i sobre la societat. Aquesta col·laboració es limitaria a fer efectives o a tractar de dur a terme algunes de les mesures incloses en el pla social, principalment pel que fa a les mesures relacionades amb la inserció laboral dels excedents de plantilla i les mesures formatives.

4) El replantejament del paper de l'autoritat laboral no només es convenient pels motius exposats anteriorment, sinó també pels problemes competencials que planteja. Bona part dels problemes competencials que deriven de la impugnació de l'expedient estan causats per la intervenció de l'autoritat laboral en el procediment de regulació d'ocupació. Aquest factor i els diferents criteris utilitzats per la jurisdicció social i la contenciosa a l'hora d'atribuir-se les competències, han contribuït a crear un laberint jurisdiccional quan tractem d'impugnar l'expedient. Aquesta situació ha forçat els

tribunals a pronunciar-se contínuament per poder delimitar les competències d'aquests ordres jurisdiccionals i la conseqüència ha sigut el repartiment artificial de les competències.

Segons els nostres tribunals, la jurisdicció contenciosa administrativa serà competent per a conèixer: la impugnació de l'acord una vegada homologat, impugnació de la resolució administrativa, impugnacions sobre l'acte empresarial d'execució d'aquella resolució o la impugnació sobre la conformitat a Dret de la resolució. A més, en determinades condicions la jurisdicció contenciosa serà competent també per a jutjar la nostra inclusió o no en l'expedient.

En canvi, la jurisdicció social és limita a conèixer aquells problemes que versen sobre les conseqüències de les extincions, sobre la resta de mesures incloses en l'acord col·lectiu, problemes sobre la indemnització, sobre les pensions de prejubilació. Els Tribunals laborals també seran competents per a conèixer els possibles problemes que es plantegen en matèria de compliment o execució d'allò acordat en la resolució i sobre les extincions produïdes sense l'autorització administrativa.

Aquest repartiment de competències posa en relleu una evident "vis atractiva" de la jurisdicció contenciosa administrativa sobre la social en matèria d'expedients de regulació d'ocupació. És per això, que l'art 1 de la LLPL adquireix un caràcter més aviat simbòlic en aquesta matèria. Però si alguna cosa posa en relleu aquest repartiment de competències és precisament la necessitat d'unificar els procediments d'impugnació i la conveniència que siga la jurisdicció social la competent per a conèixer aquestes impugnacions.

BIBLIOGRAFIA

- ACRE GÓMEZ, JC, “La extinción del contrato de trabajo por causas económicas. Régimen jurídico y aspectos procesales”, RL, 1996, nº7.
- ADOMEIT KLAUS, “Dos acuerdos de empresa paradigmáticos en el sector automovilístico alemán”, en DA, OJEDA AVILÉS, ANTONIO, “El arbitraje laboral. Los acuerdos de empresa”, Madrid, ed. Tecnos, 1996.
- AGUT GARCÍA, C, “Breves consideraciones en torno a las cláusulas de inaplicación del régimen salarial pactado en convenio colectivo supraempresarial”, TS, 1997, nº83.
- ALAMEDA CASTILLO, M^oT, “Conservación de empresas en crisis y contrato de trabajo”, Pamplona, ed. Aranzadi, 2002.
- ALARCÓN CARACUEL, MR, “Ilegalidad y abusividad de la huelga”, en DA, “La ley de huelga”, Madrid, Instituto Sindical de Estudios, 1993.
- ALARCÓN CARACUEL, MR, “Las relaciones ley-convenio colectivo”, en DA, ROJO TORRECILLA, E, “Las reformas laborales de 1994 y 1997”, Madrid, Marcial Pons, 1998.
- ALARCÓN CARACUEL, MR, DEL REY GUANTER, S, “La reforma de la negociación colectiva”, Madrid, ed. Marcial Pons, 1995.
- ALBIOL MONTESINOS, I, “Comités de empresa y delegados de personal”, Bilbao, ed. Deusto, 1992.
- ALBIOL MONTESINOS, I, “Derecho del trabajo”, València, Tirant lo Blanch, Tomo II, 5^aed, 2003.
- ALBIOL MONTESINOS, I, “Extinción del contrato de trabajo por causas económicas o tecnológicas”, en DA, BORRAJO DACRUZ, E (DIR), “Comentario alas leyes laborales”, TOMO IX-Vol.2^o, 1989.
- ALBIOL MONTESINOS, I, “los acuerdos de empresa (I)”, TS, 1999.
- ALBIOL MONTESINOS, I, “Los representantes de los trabajadores en la jurisprudencia laboral”, València, Tirant lo Blanch, 1998.
- ALBIOL MONTESINOS, I, “Medidas laborales extraconcursales de reestructuración y saneamiento de empresas”, en DA, “XVI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”, ed. Lumen, 2005.
- ALBIOL MONTESINOS, I, “Regulación de plantillas laborales y despidos colectivos (I)”, AL, 1991, nº10.
- ALBIOL MONTESINOS, I, CAMPS RUIZ, LM, GOERLICH PESET, JM, “La reforma laboral de 1994”, València, ed. Tirant lo Blanch.
- ALBIOL MONTESINOS, I, CAMPS RUIZ, LM, LÓPEZ GANDIA, J, SALA FRANCO, T, “Derecho del trabajo. Tomo I. fuentes y relaciones colectivas”, València, ed. Tirant lo Blanch, 2003.
- ALFONSO MELLADO, C, “La nueva reforma laboral ¿Qué se ha hecho y para qué? Ed. Centre d’Estudis Polítics i Socials, 1997, nº4.
- ALFONSO MELLADO, CL, PEDRAJAS MORENO, A, SALA FRANCO, T, “Los acuerdos de reorganización productiva”, RL, 1996, nº3.
- ALONSO OLEA, M, “El despido”, Madrid, IEP, 1958.
- ALONSO OLEA, M, CASAS BAAMONDE, ME, “Derecho del Trabajo”, Madrid, 14 ed, Universidad Complutense de Madrid, 1995.
- ÁLVAREZ ALEDO, C, “Políticas activas de creación de empleo y colectivos con desventajas”, ed. Economistas, 1996, nº70.

ÁLVAREZ DE LA ROSA, M, “Las causas de extinción del contrato de trabajo en la negociación colectiva”, en DA, “La aplicación de la reforma del ET en la negociación colectiva”, Madrid, MTAS, 1996.

ÁLVAREZ DE LA ROSA, M, “Pactos indemnizatorios en la extinción del contrato de trabajo”, Madrid, Civitas, 1990.

ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A, “Los acuerdos de reestructuración en empresas sin representantes unitarios de los trabajadores”, Temas Laborales, 2002, nº67.

APARICIO TOVAR, J, “El despido de los representantes de los trabajadores y el afiliado al sindicato”, en DA, “El régimen del despido tras la reforma laboral”, Madrid, IBIDEM, 1995.

APARICIO TOVAR, J, “Los derechos sociales ante la internacionalización económica”, en DA, MONEREO PÉREZ, JL, “La reforma del Marco normativo del mercado de trabajo y el fomento de la contratación indefinida: puntos críticos”, Granada, Comares, 1999.

APILLUELO MARTÍN, M, “Grupos de empresa y Derecho del trabajo”, AL, 1996-I, nº15.

ARAMENDI SÁNCHEZ, JP, “Los despidos por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción”, Madrid, CJPJ, 1996.

ARAMENDI SÁNCHEZ, JP, “Peculiaridades en la personalidad del empresario con relevancia en los despidos económicos”, DL, 1996, nº48.

ARGÜELLES BLANCO, AR, “Modificaciones introducidas por la Directiva 92/56, en la regulación de los despidos colectivos: una reflexión a la vista del ordenamiento jurídico Español”, AL, 1994, nº4.

BADIOLA SÁNCHEZ, AM, “La nulidad de la extinción del contrato de trabajo”, Valladolid, ed. Lex nova, 1ªed. 2003.

BAYLOS GRAU, A, “Cláusulas de descuelgue en la negociación colectiva”, RL, 1994, nº17-18.

BAYLOS GRAU, A, “Los acuerdos-Marcos de empresas globales: una nueva manifestación de la dimensión trasnacional de la autonomía colectiva”, RDS, 2004, nº28.

BAYLOS GRAU, JA, “Cláusulas de descuelgue”, en DA, “La reforma laboral y negociación colectiva”, op.cit.

BAZ RODRÍGUEZ, J, “Las relaciones de trabajo en la empresa de grupo”, Granada, ed. Comares, 2000.

BELTRAN MIRALLES, S “El despido por causas económicas, comentarios a la sentencia del TS de 24 de abril de 1996”, AL, 1996, nº43.

BENEYTO, P, PICÓ, J, “Los sindicatos en el País Valenciano, 1975-1981”, València, ed. Institut Alfons el Magnànim, 1982.

BLANCO MARTÍN, JM, “El despido objetivo: una aclaración confusa”, en DA, FERNANDO VALDÉS DAL-RÉ “La reforma pactada de la legislación laboral y de la Seguridad Social”, Valladolid, Lex Nova, 1997.

BLASCO SEGURA, B, “La extinción del contrato de trabajo por causas tecnológicas o económicas: el expediente de regulación de empleo”, AL, 1992, nº33.

BOZA PRO, G, “El deber de sigilo de los representantes de los trabajadores”, València, ed. Tirant lo Blanch, 1997.

BRIONES GONZÁLEZ, C, “La extinción del contrato de trabajo por causas objetivas: un estudio del artículo 52.c del Estatuto de los Trabajadores”, Madrid, MTSS, 1995.

CABEZA PEREIRO, J, "Situaciones legales de desempleo por extinción del contrato de trabajo", Pamplona, ed. Aranzadi, 1996.

CAMÓS VICTORIA, I, "La necesidad de definir y concretar las causas económicas en la extinción por causas objetivas: El caso de la empresa "Estampaciones Sabadell", en DA, "Presente y futuro de la regulación del despido", Sevilla, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Pamplona, Aranzadi, 1997.

CAMPS RUIZ, LM, "La responsabilidad en los grupos de sociedades", en DA, CAMPS RUIZ, LM, (dir) "Aspectos laborales de los grupos de empresa", Madrid, ed. CGPJ,1994.

CARRASCOSA GONZÁLEZ, J, RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, MC, "Contrato internacional y convenio de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: impacto en el sistema español", RL, 1996, nº10.

CARRIL VÁZQUEZ, XM, "Asociaciones sindicales y empresariales de carácter internacional", Granada, ed. Comares, 2003.

CASAS BAAMONDE, M^ªE, "Arbitraje de consultas, judicialización de las relaciones laborales y estructura de la negociación colectiva", RL, 1994-II, nº15.

CASAS BAAMONDE, M^ªE, "Causalidad del despido colectivo, autorización administrativa y negociación colectiva", RL, 1996, nº19.

CASAS BAAMONDE, M^ªE, "Formación y estabilidad en el empleo: la formación continuada y su función preventiva", RL, 1992-II, nº24.

CASAS BAAMONDE, M^ªE, "La causalidad del despido colectivo, autorización administrativa y negociación colectiva", RL, 1996, nº19.

CASAS BAAMONDE, M^ªE, "La estructura de la negociación colectiva y las nuevas reglas sobre competencia y concurrencia de convenios colectivos", RL, 1994, nº17 18.

CASAS BAAMONDE, M^ªE, "La nulidad del despido y sus efectos", en DA, "La reforma de la legislación laboral", op.cit.

CAVAS MARTÍNEZ, F, "Extinción del contrato de trabajo", Aranzadi Social, 1999, nº11.

CHEVRON, J-J, "Empresas multinacionales: información y consulta sobre sus planes de mano de obra", OIT, 1^ª edc. 1986.

CORREA CARRASCO, M, "Convenios y acuerdos colectivos de trabajo", Pamplona, ed. Aranzadi, 1997.

CRUZ VILLALÓN, J, "El art 41 ET tras la reforma de 1994", RL, 1994.

CRUZ VILLALÓN, J, "La representación de los trabajadores en la empresa y en el grupo de empresa", Madrid, ed. Trota, 1992.

CRUZ VILLALÓN, J, "Las reformas de 1997 y 1998 en materia de despido directo por causas económicas y empresariales", en DA, MONEREO PÉREZ, L, "La reforma del marco normativo del mercado de trabajo y el fomento de la contratación indefinida: puntos críticos", Granada, ed. Comares, 1999.

DE MIGUEL LORENZO, A, "La aplicación de los derechos de información y consulta a los trabajadores y dimensión comunitaria", REDT, 1995, nº73.

DEL REY GUANTER, S, "El estado actual de la negociación colectiva en España. Balances y perspectivas", Madrid, ed. MTSS, 2003.

DEL REY GUANTER, S, "Los despidos por causas económicas y fuerza mayor: líneas esenciales de la reforma, art 51 y 52.c ET", en DA, VALDÉS DAL-RÉ, F, CASAS BAAMONDE, M^ªE, "La reforma del ET", Madrid, La ley,1994.

DESDENTADO BONETE, A, "El despido objetivo económico: ámbito, causas, forma, efectos y control", en DA, "El régimen del despido tras la reforma laboral", Madrid, ed. Tecnos, 1995.

DESDENTADO BONETE, A, DE LA PUEBLA PINILLA, AM, “La reforma de la protección por desempleo en el RDL 5/2002”, en “Comentarios de urgencia a la reforma del sistema de protección por desempleo. Nuevo régimen jurídico del despido, de los salarios de tramitación y del desempleo”, Valladolid, ed. Lex Nova, 2002.

DESDENTADO BONETE, A, MERCADER UGUINA, JR, “El desempleo como situación protegida (un estudio sobre los problemas de acceso a la protección en el nivel contributivo”, Madrid, Civitas, Estudios de Derecho Laboral, 1996, pàg. 63.

DESDENTADO BONETE; A, “Los despidos por causa económicas, técnicas, organizativas y de producción”, en DA, ESCUDERO RODRÍGUEZ, R, (Coo), “La reforma de la legislación laboral”, Jornadas organizadas por la junta de Andalucía y el Illmo. Colegio de Abogados de Málaga. Sevilla, Consejería de trabajo e industria, 1997.

DESDENTADO DAROCA, E, “La intervención administrativa en los despidos colectivos: naturaleza y procedimiento”, en DA, “BAYLOS GRAU, A; “La reforma laboral de 1994”, Madrid, ed. UCM, 1996.

DURAN LÓPEZ, F, “Contenidos laborales del Derecho Constitucional a la libertad de empresa” en DA, PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F (Dir), “Libertad de empresa y relaciones laborales en España”, Madrid, IEE, 2005.

DURAN LÓPEZ, F, SÁEZ LARA, C, “El papel de la participación en las nuevas relaciones laborales”, Madrid, ed. Civitas, 1ªed, 1997.

ELORZA GUERRERO, F, “Los acuerdos de empresa en el ET”, Madrid, ed. CIS, 2006.

EMBIU IRUJO, JM, “Los grupos de sociedades en el Derecho español”, en DA, “Aspectos laborales de los grupos de empresa”, Madrid, CGPJ, 1994.

ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J, “Acuerdos entre empresarios y trabajadores en materia de despidos colectivos”, RL, 1998-I.

ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J, “Autonomía individual y colectiva en el sistema de fuentes del derecho del trabajo”, Madrid, CES, 2000.

ESCUDERO RODRÍGUEZ, R, “Adaptabilidad y causalidad de la contratación en la negociación colectiva posterior a la reforma”, RL, 1997, nº2.

ESCUDERO RODRÍGUEZ, R, “El impacto de la reforma en el sistema de fuentes del derecho del trabajo y los acuerdos de empresa”, en DA, “La reforma de la legislación laboral”, op.cit

EVANS-KLOCK, C, KELLI, P, RICHARDS, P, VARGHA, C, “Reducciones de plantilla. Medidas preventivas y de reparación”, RIT, 1999, nº1.

FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, JJ, “Expedientes de regulación de empleo”, ed. Madrid, Trotta, 1993.

FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, JJ, “Reflexiones sobre los despidos por causas empresariales”, TL, 2000, nº55.

FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, JJ, MARTÍNEZ BARROSO, MªR, RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S, “El derecho del trabajo tras las últimas reformas “flexibilidad de la relación laboral””, Madrid, CJPI,1998.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, MªF, “Aproximación al Convenio como fuente de regulación de la extinción del contrato de trabajo”, RL, 1997, nº1.

FERNÁNDEZ, R, TORRENTE GARI, S, “Naturaleza y eficacia d los acuerdos alcanzados en período de consultas en el procedimiento de despido colectivo”, AL, 1996, nº10.

FUSTÉ I MIQUELA, JM, “L’acomiadament col·lectiu: Règim jurídic i drets de participació”, Barcelona, IEC, 2005.

FUSTÉ I MIQUELA, JM “La indemnización por despido por causas empresariales y su posible disponibilidad”; RL-II, 2001, nº4.

FUSTÉ I MIQUELA, JM, “La negociación colectiva, gestión participativa y acuerdo de consultas en el despido colectivo. Algunas reflexiones sobre el nuevo marco legal”, DA, OJEDA AVILÉS, A (Coo), “El arbitraje laboral. Los acuerdos de empresa”, Madrid, Tecnos, 1996.

GARCÍA BECEDAS, G, “Balance y perspectivas de la política de reconversión industrial”, RL, 1993, nº16-17.

GARCÍA COLLEJA, E, “Análisis comparativo: Expedientes de regulación de empleo”, ed. Dirección y Progreso, 2002, nº181

GARCÍA FERNÁNDEZ, M, “La extinción de la relación laboral en la Ley 11/1994”, AL, 1994, nº30/25.

GARCÍA FERNÁNDEZ, M, “La extinción de la relación laboral en la Ley 11/1994”, AL, 1994, nº30.

GARCÍA FERNÁNDEZ, M, “Razones económicas, técnicas, organizativas y de producción en las decisiones empresariales de modificación y extinción del contrato de trabajo”, AL, 1995, nº5.

GARCÍA MURCIA, J, “Función, significado y tipología de los acuerdos de empresa”, DL, 1995, nº46.

GARCÍA MURCIA, J, “Las relaciones individuales de trabajo en los grupos de empresa”, TS, 1999, nº98.

GARCÍA MURCIA, J, “los acuerdos de empresa”, Madrid, ed. CES, 1998.

GARCÍA NINET, JI, “Derecho del Trabajo”, Pamplona, Aranzadi, 2001.

GARCÍA NINET, JL, VICENTE PALACIO, A, “Derecho del trabajo”, Aranzadi, 2001.

GARCÍA TENA, J, ALARCÓN BEIRA, F, “Regulación de empleo. Jurisprudencia”, Madrid, ed. MTSS, 2ªed, 1984.

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I, “Procedimientos de regulación de empleo en el despido colectivo”. En DA, “El régimen jurídico del despido tras la reforma”, Madrid, ed. IBIDEM, 1994.

GETE CASTRILLO, P, “La edad del trabajador como factor extintivo del contrato de trabajo”, València, Tirant lo Blanch, 2001.

GOERLICH PESET, JM, “Informe técnico-jurídico sobre: El despido colectivo en la Europa comunitaria”, AL, 1993, nº11/15, 21 de març

GOERLICH PESET, JM, “Libertad de empresa y extinción del contrato de trabajo”, en DA, “Libertad de empresa y relaciones laborales en España”, Madrid, Instituto de Estudios Económicos, 2005.

GOERLICH PESET, JM, GARCÍA RUBIO, MªA, “La aplicación judicial de las nuevas reglas sobre el despido económico. Consideraciones al hilo de las primeras sentencias de instancia”, TS, 1995, nº52.

GÓMEZ CABALLERO, O, “El valor del acuerdo de regulación de empleo del art 51.5 ET y el derecho a contratar. Comentario a la sentencia del TSJ Andalucía de 3 abril de 1992”, RL, 1992, nº18.

GÓMEZ GORDILLO, R, “El comité de empresa europeo”, Madrid, ed. CES, 2003

GONZÁLEZ DE LANA, F, “Regulación de empleo y Administración Laboral”, ed. Dirección y Progreso, 2002, nº181.

GONZÁLEZ GOMEZ, JA, “La tendencia hacia la individualización de las causa de extinción colectiva a través del despido colectivo” en DA, CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J, (Coo), “Presente y futuro de la regulación del despido”, Pamplona, Aranzadi, 1997.

GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, “La configuración del despido colectivo en el ET”, AL, 1995, nº23.

GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E, “Flexibilidad laboral y precariedad en el empleo: el acuerdo para la estabilidad en el empleo”, en DA, VALDÉS DAL-RÉ, F (Dir), “La reforma pactada de las legislaciones laboral y de la SS”, Valladolid, ed. Lex Nova, 1997.

GOÑI SEIN, JL, LANDA ZAPIRAIN, JP, “El tratamiento normativo de los excedentes de plantilla en la perspectiva armonizadora de la Comunidad Europea”, RL, 1993-II.

GORELLI HERNÁNDEZ, J, “las nulidades en la extinción colectiva (vías de defensa laboral ante la extinción colectiva), RL, 1997, nº17.

GORELLI HERNÁNDEZ, J, “Los acuerdos de empresa como fuente del ordenamiento laboral”, Madrid, ed. Civitas, 999.

GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B, “Deslocalización productiva y relaciones laborales”, RL, 2005, nº12.

HERRERA DUQUE, M^aJ, “Los grupos de empresas en el ordenamiento jurídico español”, ed. CISS, 1^aed. 200.

KLEIN, N, “No logo. El poder de las marcas”, ed. Paidós, 2001.

LANDA ZAPIRAIN, JP, “Consideraciones en torno al nuevo enfoque europeo de la resolución “socialmente inteligente” de las reestructuraciones de empresa”, RL, 2005, nº6.

LEE, E, “¿La mundialización y empleo: se justifican los temores?”, RIT, 1996, nº5.

LEE, E, “Mundialización y normas de trabajo. Puntos del debate”, RIT, 1997, nº2.

LEE, E, MC, “Mundialización de las normas de trabajo”, OIT, 1999.

LÓPEZ GANDIA, J, “La reforma del mercado de trabajo según el documento presentado por el CES”, TS, 1993, nº32.

LÓPEZ GÓMEZ, J.M, “Las causas económicas y empresariales de despido”, en DA, CRUZ VILLALÓN (Coo), “Los despidos por causas económicas y empresariales”, Madrid, ed. Tecnos, 1996.

LÓPEZ LÓPEZ, J, “La aplicación de las normas comunitarias al ordenamiento laboral español: la Directiva de 17 de febrero de 1975”, REDT, 1986, nº27.

LÓPEZ LÓPEZ, J, “La aplicación de las normas comunitarias al ordenamiento laboral español, la Directiva de 17 de febrero de 1975”, REDT, 1986, nº27.

LUJÁN ALCARAZ, J, “La acción sindical en la empresa”, Madrid, CES, 2003.

LUQUE PARRA, M, “La exigibilidad del tramite de audiencia al delegado sindical previsto en el art 10.3.3 LLOLS, en los supuestos de despido por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción”. Un comentario a la STS de 23 de mayo de 1995”, en DA, “Presente y futuro de la regulación del despido”, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Pamplona, Aranzadi, 1997.

LUQUE PARRA, M, “Los límites jurídicos de los poderes empresariales en la relación laboral”, Barcelona, ed. JMB, 1999.

MARÍN CORREA, JM, “Acuerdos de consultas para expedientes de regulación de empleo: eficacia”, RL, 1999, nº41.

MARTÍN ACRE, JM, “Los sindicatos y la reconversión industrial durante la transición”, Madrid, CES, 1997.

MARTÍN VALVERDE, A, “Reestructuraciones de empresas y protección social”, en DA, “XVI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”, ed. Lumen, 2005.

MARTÍN VALVERDE, A, RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F, GARCÍA MURCIA, J, “Derecho del trabajo”, Madrid, ed. Tecnos, 11^o ed. 2002.

MARTÍNEZ ABASCAL, VA, “La extinción del contrato de trabajo tras la reforma de 1994: práctica convencional y aplicación judicial (con especial atención a los despidos económicos y disciplinarios)” DA, ROJO TORRECILLA, E (Coo), “Las reformas laborales de 1994 y 1997”, Madrid, ed. Marcial Pons, 1998.

MARTÍNEZ BARROSO, M^R, “Competencias de la jurisdicción contenciosa administrativa para conocer de la impugnación del acuerdo por el que se aprueba el convenio de regulación de empleo cuando se proyecta sobre trabajadores determinados”, TL, 2002, n^o67

MARTÍNEZ EMPERADOR, R, “El despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción: criterios jurisprudenciales”, AL, 1997, n^o10/11.

MARTÍNEZ SERRANO, JA, REIG, E, SOLER MARCO, V, “Introducció a l’economia del País València”, Valencia, ed. 3 i 4, primera edició, 1980.

MATIA PRIM, J, “El abuso del derecho de huelga”, Madrid, CES, 1996.

MAYORAL LOBATO, J, “Mercado de trabajo, políticas de empleo y desarrollo local”, Madrid, ed. IRMASA, Fundación Universidad-Empresa, 1992.

MEDIAVILLA CRUZ, ML, ARADILLA MARQUÉS, M^AJ, “Despido colectivo: concepto y cómputo del período de 90 días”, en DA, MARTÍNEZ ABASCAL, VA (Coo), “La nueva regulación de las relaciones laborales”, Barcelona, ed. Signo, 1995.

MERCADER UGUINA, JR, “La delimitación de competencias entre el orden social de la jurisdicción y el orden contencioso administrativo tras la nueva LJCA”, Cuadernos de Derecho judicial, CGPJ, 1999

MOLERO MANGLANO, C, “La amortización de puestos de trabajo en el reformado art 52.c ET a la luz de su primer tratamiento judicial”. AL, 1995, n^o27.

MOLERO MANGLANO, C, “Los expedientes de regulación de empleo y sus problemas básicos (II)”, AL, 1989, n^o41.

MOLERO MANGLANO; C, “Los expedientes de regulación de empleo y sus problemas básicos (III)”, AL, n^o91, 1989, n^o91.

MOLINA GARCÍA, M, CAIRÓS BARRETO, DM, “Clasificación de los acuerdos de empresa y su relación con el convenio colectivo”, en DA, “El arbitraje laboral. Los acuerdos de empresa”, Madrid, Tecnos, 1996

MOLINA NAVARRETE, C, “Los despidos “por causas empresariales”, en el ámbito de las empresas con estructura de grupo”, TS, 1999, n^o98.

MONEREO PÉREZ, JL FERNÁNDEZ AVILÉS, JA, “Los despidos colectivos en el Derecho Español”, Pamplona, ed. Aranzadi, 1997.

MONEREO PÉREZ, JL, “Las relaciones laborales en la reestructuración y saneamiento de las empresas”, en DA, “XVI Congreso Nacional de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social”, op.cit.

MONEREO PÉREZ, JL, “Los derechos de información de los representantes de los trabajadores”, Granada, ed. Civitas, 1992.

MONEREO PÉREZ, JL, FERNÁNDEZ AVILÉS, JA, “Empresa y despido: mecanismos extintivos del contrato de trabajo por necesidades de la empresa” en DA, “La reforma del marco normativo del mercado de trabajo y el fomento de la contratación indefinida”, Granada, Comares, 1995.

MONEREO PÉREZ; JL, FERNÁNDEZ AVILÉS, JA, “La reconfiguración causal del despido colectivo: algunas reflexiones críticas”, en DA, “Presente y futuro de la regulación del despido”, Pamplona, Aranzadi, 1997.

MONGE RECALDE, JL, “Comentarios a la reforma laboral de 1994”, Barcelona, ed. BOSH, Barcelona, 1994.

MONTOYA MELGAR, A, "Comentarios a la Ley de procedimiento laboral", Navarra, ed. Aranzadi, 2003.

MONTOYA MELGAR, A, "Contrato de trabajo y economía (las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción, como fundamento legal de extinciones, suspensiones y modificaciones de las relaciones de trabajo)", RMTAS, 1998, nº8.

MONTOYA MELGAR, A, "Derecho del Trabajo", Madrid, ed. Tecnos, 23ªed. 2002.

MONTOYA MELGAR, A, "El contrato de trabajo y economía", RMTAS, 1998, nº8.

MONTOYA MELGAR, A, "La nueva regulación del despido por causas objetivas: la amortización de puestos de trabajo por razones económicas, técnicas, organizativas o de producción", en DA, MARTÍNEZ EMPERADOR, R, (Dir) "Puntos críticos de la reforma laboral", Madrid, ed. ARECES, 1996.

MONTOYA MELGAR, A, GALIANA MORENO, JM, SEMPERE NAVARRO, AV, "Derecho Social Europeo", Madrid, ed. Tecnos. 1994.

MORENO DE TORO, C, "Contrato de trabajo y autonomía de la voluntad", RL, 1999, nº2.

MORENO GENÉ, J, ROMERO BURILLO, AM, "La participación de los trabajadores en el procedimiento de despido colectivo en empresas que carecen de órganos de representación", en DA, MARTÍNEZ ABASCAL, V, "Problemas aplicativos del despido en las reformas laborales de 1994 y 1997", Madrid, ed. Ibidem, 1998.

MORENO MANGLANO, C, "Los expedientes de regulación de empleo y sus problemas básicos (III)", AL, 1989, nº91.

MORENO VIDA, N, "Comentario y reseña crítica de jurisprudencia sobre los grupos de empresa en el derecho del trabajo", TS, 1999, nº98.

MORIN LAURE, M, VICENS, C, "Despido económico, flexibilidad empresarial y estabilidad del trabajador. Lecciones de una comparación europea", RIT, 2001, nº1.

NAVARRO NIETO, F, "Los despidos colectivos", Madrid, ed. Civitas, 1ªedició, 1996.

NAVARRO NIETO, F, "Los despidos individuales por causas económicas en la reciente doctrina de los tribunales superiores de justicia y del tribunal supremo", AL, 1996, nº43.

NAVARRO NIETO, F, SÁEZ LARA, C, "La flexibilidad en la nueva relación del trabajo", Madrid, CJPJ, 1998.

NICOLÁS BEMAD, JA, "La causa económica como factor de reajuste de los recursos humanos de la empresa: reflexiones sobre el control de su objetividad", RL, 1999, nº9.

NORES TORRES, LE, "El desarrollo reglamentario del art 51 ET: procedimiento de regulación de empleo en el RD 43/1996, 19 enero"AL, 1996, nº16.

NORES TORRES, LE, "El período de consultas en la reorganización productiva empresarial", Madrid, ed. CES, 2000.

ODRIOZOLA LANDERAS, A, "Causa económica del despido a la luz de la jurisprudencia", AL, 1997, nº16.

OJEDA AVILÉS, A, "Delimitación de los acuerdos y pactos colectivos", AL, 1995, nº17.

OJEDA AVILÉS, A, "Derecho Sindical", Madrid, ed. Tecnos, 8ª edición, 2003.

OJEDA AVILÉS, A, “La configuración del despido colectivo”, en DA, “GORELLI HERNÁNDEZ, J, “El despido. Análisis y aplicación práctica”, Madrid, ed. Tecnos, 2004.

OJEDA AVILÉS, A, “La reconversión del procedimiento de despidos colectivos en España”, RL, 1993-II.

OLMEDA FREIRE, GB, “Algunos efectos perversos de la intervención administrativa en los despidos colectivos”, AL, 2000, nº46.

PALAU MORENO, G, “Los grupos de empresas multinacionales y el contrato individual de trabajo”, València, ed. Tirant lo Blanch, 2000.

PARADA, R, “Derecho administrativo I”, Madrid, ed. Marcial Pons, 2004.

PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F, “El despido por causas económicas en Francia. Estudio especial del despido colectivo”, RL, 1993, nº11.

PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F, “La filiación de la empresa”, AL, 1999.

PERÉZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F, “Las llamadas causas económicas, técnicas, organizativas o de producción”, DL, 1997, nº51.

PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F, “Los pactos de reorganización productiva”, en DA, SALA FRANCO, T, PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F, GOERLICH PESET, JM, “Manifestaciones de la autonomía colectiva en el ordenamiento español”, Madrid, Asociación de Cajas de Ahorros para Relaciones Laborales, 1989

PORTAS MORAN, R, “Nota crítica sobre los procedimientos de regulación de empleo y la reconversión industrial”, AL, 1987, nº28.

PRADAS MONTILLA, R, “Extinción del contrato de trabajo y prejubilación”, AL, 2005, nº18.

PRADOS DE REYES, F.J, “la terminación del contrato de trabajo por circunstancias objetivas que afecten a la plantilla”, València, TB, 1997.

PRADOS DE REYES, FJ, “Despidos colectivos”, en DA, “La reforma laboral de 1994”, Madrid, Marcial Pons, 1994.

QUINTANA PELLICER, J, “El despido objetivo. Algunos criterios judiciales después de la reforma de 1997”, AL, 1999, nº15.

RAMÍREZ MARTÍNEZ, JM, “El despido por causas objetivas: la amortización de puestos de trabajo”, en DA, “Comentarios a las leyes laborales”, en DA, BORRAJO DACRUZ, E, (Dir), TOMO II. Ed. Revista de Derecho Privado.

RAMÍREZ MARTÍNEZ, JM, “Extinción del contrato de trabajo por causas económicas: normas comunitarias y régimen español”, AL, 1987, nº33.

RAMOS QUINTANA, MI, “La garantía de los derechos de los trabajadores”, Valladolid, Lex Nova, 2002.

RIERA VAYREDA, C, “La selección de los trabajadores afectados en supuestos de despidos por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción”, TS, 1999, nº106.

RIVERO LAMAS, J, DEL VAL TENA, AL, “Los despidos por causas económicas: aspectos procedimentales y procesales”, AL, 1997, nº26.

RODRÍGUEZ DE LA BORBOLLA, J, “De la rigidez al equilibrio flexible. El concepto de causas económicas y tecnológicas”, Madrid, CES, 1994.

RODRÍGUEZ DEVESA, C, RODRÍGUEZ HERGUETA, JC, “La extinción del contrato de trabajo y su jurisprudencia”, Pamplona, ed. Aranzadi, 1984.

RODRÍGUEZ PIÑERO ROYO, M, “La condición más beneficiosa”, DL, 1991, nº33.

RODRÍGUEZ PIÑERO, M, “El despido objetivo por motivos atinentes a la empresa”, RL, 1998-I.

RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO FERRER, M, “El régimen jurídico (II) y el RD de 2 de julio de 1928”, RPS, 1967, nº27.

RODRÍGUEZ-PIÑERO, M, “El AIEE y la reforma del ET de 1997”, DL, 1997, nº52.

RODRÍGUEZ-PIÑERO, M, “El despido por motivos objetivos atinentes a la empresa”, RL, 1998, nº10.

RODRÍGUEZ-PIÑERO, M, “El régimen jurídico del despido (II): Leyes de contrato de trabajo y jurados mixtos”, RPS, 1968, nº77.

RODRÍGUEZ-PIÑERO, M, “Flexibilidad, juridificación y desregularización”, RL, 1987-I.

RODRÍGUEZ-PIÑERO, M, “La selección de los trabajadores afectados por un expediente de regulación de empleo y su control (I)”, RL-I, 1989.

RODRÍGUEZ-PIÑERO, M, “Lo individual y lo colectivo en el despido objetivo”, RL, 1996.

RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F, “Nuevas relaciones entre la ley-convenio”, en DA, “Reforma laboral y negociación colectiva, VII Jornadas de Estudio sobre la negociación colectiva”, Madrid, ed. MTSS, 1995.

SÁEZ LARA, C, “Los acuerdos colectivos de empresa: una aproximación a su naturaleza y régimen jurídico”, RL, 1995-I, nº11.

SÁEZ LARA, C, “Los acuerdos colectivos de empresa: una aproximación a su naturaleza jurídica y su régimen jurídico”, RL, 1995-I, nº11.

SALA FRANCO, T, “Guía práctica de la extinción del contrato de trabajo”, València, ed. Tirant lo Blanch, 2ª edc, 1998

SALA FRANCO, T, “La política comunitaria de amortización de la normativa comunitaria en materia laboral”, Revista de Treball, 1992, nº18.

SALA FRANCO, T, ALBIOL MONTESINOS, I, “Derecho sindical”, València, Tirant lo Blanch, València, 4ªed ,1996.

SALA FRANCO, T, ALFONSO MELLADO, CL, “Los acuerdos estatal y autonómicos sobre solución extrajudicial de conflictos laborales. Análisis comparativo”, Madrid, ed. CES, 2001.

SALA FRANCO, T, La reforma del mercado de trabajo”, Valencia, ed. CISS, 1994.

SALA FRANCO, T, PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F, GOERLICH PESET, JM, “Manifestaciones de la autonomía colectiva en el ordenamiento español”, Madrid, ed. ACARL, 1989.

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, MªP, “Alteraciones económicas y obligaciones contractuales: la cláusula rebus sic standibus”, Madrid, Tecnos, 1990.

SÁNCHEZ INAREJOS, JJ, “La globalización al desnudo”, Madrid, ed. Chaos-Entropy, 2001.

SÁNCHEZ TORRES, E, “El deber de negociar y la buena fe en la negociación”, Madrid, ed. CES, 1993.

SANTOS TORRES, LE, TORRENTE GARI, S “Naturaleza y eficacia de los acuerdos alcanzados en el período de consultas en el procedimiento de despido colectivo”, RL, 1998.

SELLAS I BENVINGUT, R, “La regulación extintiva de las causas objetivas y colectivas de reestructuración empresarial en la practica convencional”, TS, 2000, nº11.

SELLAS I BENVINGUT, R, “las causas objetivas y colectivas de extinción de la relación laboral”, ed. Aranzadi, 2000.

SEMPERE NAVARRO, AV, SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C, “La indemnización por daños y perjuicios en el contrato de trabajo”, Pamplona, ed. Aranzadi, 2003

SENRA BIEDMA, R, “Los despidos individuales y plurales” en DA, “La reforma de 1994”, ed. UCM, 1996.

SERRANO GARCÍA, JM, “El plan social en los despidos colectivos”, Valladolid, ed. Lex Nova, 1ª ed. 2002.

SERRANO GARCÍA, JM, “La indemnización por despido colectivo: ¿Derecho necesario o dispositivo?”, RL-I, 1998, nº10.

SORIANO CORTÉS, D, “Derecho de libertad sindical y prioridad de permanencia en la empresa de los representantes de los trabajadores en los supuestos de despido colectivo: comentarios a la STC 191/1996, de 26 de diciembre”, en DA, “Presente y futuro de la regulación de despido”, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Pamplona, Aranzadi 1997.

SUÁREZ GONZÁLEZ, F, “Derecho del trabajo: Los conflictos laborales y su solución”, ed. UNED, Madrid, 2002.

SUÁREZ GONZÁLEZ, F, “Las nuevas relaciones laborales y la ley del ET”, Madrid, ed. Circulo de empresarios, 1980.

SUÁREZ GONZÁLEZ, R, “Diecisiete lecciones sobre fuerza mayor, crisis, reconversión y desempleo”, Madrid, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones e Intercambio, 1970

TERRADILLOS ORMAETXEA, E, “Los “grupos de empresa” ante la jurisprudencia social española”, València, ed. Tirant lo Blanch, 2000.

TORRES GOSALBEZ, L, “La nueva regulación del despido colectivo y la normativa comunitaria” en DA, MARTÍNEZ ABASCAL, VA (Coo), “La nueva regulación de las relaciones laborales”, Tarragona, Universitat Rovira i Virgili, Facultat de Ciències Jurídiques, 1995.

VALDÉS DAL-RÉ, F, “El carácter imperativo de la indemnización legal por despido (II)”, RL-I, 2004. nº3.

VALDÉS DAL-RÉ, F, “El carácter imperativo de la indemnización legal por despido colectivo (I)” RL-I, 2004, nº3.

VALDÉS DAL-RÉ, F, “Intervención administrativa y despidos económicos: funciones, disfunciones y tópicos”, RL, 1994-I., nº3.

VALDÉS DAL-RÉ, F, “La designación de los trabajadores afectados por despidos económicos: el laberinto de la desregularización”, RL, 1996-I.

VALDÉS DAL-RÉ, F, “Los despidos por causas económicas”, en DA, VALDÉS DAL-RÉ, F, (Dir), “La reforma del mercado de trabajo”, Madrid, ed. Lex nova, 1994.

VALDÉS DAL-RÉ, F, “Notas sobre la reforma del marco legal de la estructura de la negociación colectiva”, en DA, “La reforma de la legislación laboral”, Jornadas organizadas por la junta de Andalucía y el Ilmo. Colegio de Abogados de Málaga. Sevilla, Consejería de trabajo e industria, 1997.

VALDÉS DAL-RÉ, F, “Prologo” a GONZÁLEZ-POSADAS MARTÍNEZ, E, “La compensación y absorción de salarios”, Madrid, ed. Instituto de estudios laborales y de la seguridad social, 1984.

VALDÉS DE LA VEGA, B “Individual y colectivo en el nuevo régimen jurídico de la movilidad funcional”, en DA, “La reforma laboral de 1994”, Madrid, ed. UCM, 1996.

VALLE VILLAR, JM, “La extinción del contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción”, Madrid, ACARL, 1996.

VAQUERO, C, “Globalización, empleo y desigualdad salarial. La utopía de los mercados libres globales”, en DA, ANTÓN, A, “Trabajo, derechos sociales y globalización”, Madrid, ed. TALASA, 2000.

VÁZQUEZ GONZÁLEZ, I, “Informe de la inspección de trabajo en los casos de extinción de la relación laboral por causas tecnológicas y fuerza mayor (art 51.6 ET)”, REDT; 1980, nº4.

VÁZQUEZ, AJ, “El fin de la reconversión”, el economista, 1998, nº77.

VIZCAÍNO CASAS, F, “Los despidos colectivos. Posición jurisprudencial sobre los requisitos que los determinan”, AL, 1998, nº34.

ZUFIAUR, JM, “Globalización económica y deslocalizaciones productivas”, RL, nº2, 2005, nº2.