

MODIFICACIÓN EMPRESARIAL DE LOS ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO DE TRABAJO, NEGATIVA DEL TRABAJADOR Y EFECTOS EN CONSIDERACIÓN AL DESPIDO COLECTIVO

Comentario a la **Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Primera) de 11 de noviembre de 2015, asunto C-422/14**

Emilio M. Soriano Arroquia

Abogado. Madrid

1. MARCO LEGAL: LA ARMONIZACIÓN PROGRESIVA DE POLÍTICAS SOCIALES EN LA UNIÓN EUROPEA

Entre los fines de la Unión Europea, el artículo 151 del [Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea](#) (TFUE) establece que la Unión y los Estados miembros, teniendo presentes derechos sociales fundamentales como los que se indican en la [Carta Social Europea](#), firmada en Turín el 18 de octubre de 1961, y en la [Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores](#), de 1989, tendrán como objetivo el fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso, una protección social adecuada, el diálogo social, el desarrollo de los recursos humanos para conseguir un nivel de empleo elevado y duradero y la lucha contra las exclusiones.

A tal fin, la Unión y los Estados miembros emprenderán acciones en las que se tenga en cuenta la diversidad de las prácticas nacionales, en particular en el ámbito de las relaciones contractuales, así como la necesidad de mantener la competitividad de la economía de la Unión.

Los caminos previstos por el [TFUE](#) para conseguir tal progreso social han sido dos: la consagración del mercado interior, mediante la libre circulación de los factores productivos, y entre ellos de los trabajadores, y, por otro lado, la armonización de todas las políticas sociales de los países de la Unión mediante la eliminación de las trabas al desarrollo del mercado interior.

El instrumento normativo específico para la consecución de los objetivos del artículo 151 del [TFUE](#) es la directiva, en concreto, en el marco de la protección de los derechos de los trabajadores, la [Directiva 98/59/CE, de 20 de julio de 1998](#), relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre despidos colectivos, cuyo objeto es la aproximación de las

legislaciones de los Estados miembros sobre despidos colectivos, por la vía del progreso, con la doble finalidad de reforzar la protección de los trabajadores y de reducir o suprimir las diferencias entre los distintos derechos nacionales, puesto que estas tienen una incidencia directa en el funcionamiento del mercado interior.

La [Directiva 98/59/CE](#) establece el concepto de despido colectivo y el procedimiento a seguir para despedir (sin perjuicio del carácter de mínimo y mejorable por la legislación de cada Estado miembro en beneficio de sus trabajadores).

En cuanto al concepto de despido colectivo, trascendental es para el análisis de la sentencia traída en este número su artículo 1.1 a), que establece dos notas definidoras del mismo:

- La motivación de los despidos: aquellos afectados «por uno o varios motivos no inherentes» a la persona del trabajador.
- El número de trabajadores afectados con base en un periodo de referencia:
 - Cuando en un periodo de 30 días se despidan al menos a 10 trabajadores en centros de trabajo de 21 a 99 trabajadores, al 10% en centros de 100 a 299 trabajadores o al 30% en centros de 300 trabajadores o más.
 - Cuando en un periodo de 90 días, el despido afecte al menos a 20 trabajadores, cualquiera que sea el número de trabajadores empleados en el centro de trabajo afectado.

Hace la [Directiva](#) en este artículo una importante concreción, señalando que, a los efectos de este cálculo, se asimilarán a los despidos las extinciones de los contratos producidas por iniciativa del empresario con base en uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores, siempre y cuando los despidos sean al menos cinco.

Por último, contiene unas exclusiones a su ámbito de aplicación, entre otras, no se tendrán en cuenta las extinciones de los contratos por tiempo u obra determinados por cumplimiento del término o ejecución de la obra, salvo que los contratos temporales se resolvieran con anterioridad mediante despido colectivo.

La presente [Directiva](#) fue incorporada a nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores ([ET](#)), que en atención a la consideración de Derecho mínimo mejorable de las disposiciones protectoras de los derechos de los trabajadores establece que se entenderá por despido colectivo la extinción de contratos de trabajo fundada en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción cuando, en un periodo de 90 días, la extinción afecte al menos a: a) 10 trabajadores, en las empresas que ocupen menos de 100 trabajadores; b) el 10% del número de trabajadores de la empresa en aquellas que ocupen entre 100 y 300 trabajadores, c) 30 trabajadores en las empresas que ocupen más de 300 trabajadores.

Se entenderá igualmente como despido colectivo la extinción de los contratos de trabajo que afecten a la totalidad de la plantilla de la empresa, siempre que el número de trabajadores afectados sea superior a cinco, cuando aquel se produzca como consecuencia de la cesación total de su actividad empresarial fundada en las mismas causas anteriormente señaladas.

Para el cómputo del número de extinciones de contratos a que se refiere el párrafo primero de este apartado, se tendrán en cuenta asimismo cualesquiera otras producidas en el periodo de referencia por iniciativa del empresario en virtud de otros motivos no inherentes a la persona del trabajador distintos de los previstos en el artículo 49.1 c) de esta ley, siempre que su número sea, al menos, de cinco.

Cuando en periodos sucesivos de 90 días y con el objeto de eludir las previsiones contenidas en el presente artículo, la empresa realice extinciones de contratos al amparo de lo dispuesto en el artículo 52 c) de esta ley en un número inferior a los umbrales señalados, y sin que concurren causas nuevas que justifiquen tal actuación, dichas nuevas extinciones se considerarán efectuadas en fraude de ley, y serán declaradas nulas y sin efecto.

2. SÍNTESIS DE HECHOS: LITIGIO PRINCIPAL Y CUESTIONES PREJUDICIALES

La empresa Gestora Clubs Dir, SL, dedicada, como actividad principal, a la explotación de instalaciones deportivas, contaba con 126 empleados de los cuales 114 se encontraban contratados de forma indefinida, y los restantes 12 mediante contratos de duración determinada. Entre el 16 y el 26 de septiembre de 2013, Gestora llevó a cabo diez despidos individuales por causas objetivas, entre ellos el del trabajador demandante (señor Pujante Rivera).

Durante los 90 días anteriores y siguientes al último de esos despidos por causas objetivas, tuvieron lugar otras 27 extinciones contractuales, debidas a distintas causas como la finalización de los contratos o la baja voluntaria de los trabajadores. Entre estas extinciones se produjo la de una trabajadora que aceptó un acuerdo de extinción contractual tras ser informada de la modificación de sus condiciones de trabajo, siguiendo el procedimiento establecido en el artículo 41 del ET, consistente en una reducción del 25% de su remuneración fija, por las mismas causas objetivas invocadas en las otras extinciones de contrato producidas entre el 16 y el 26 de septiembre de 2013. Gestora reconoció posteriormente que las modificaciones del contrato de trabajo notificadas a la trabajadora habían ido más allá de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo permitidas por la ley española y aceptó indemnizar a esta con una cuantía equivalente a la del despido improcedente. Uno de los trabajadores afectados por los despidos objetivos individuales llevados a cabo entre el 16 y 26 de septiembre de 2013 interpuso demanda contra Gestora y el Fondo de Garantía Salarial ante el Juzgado de lo Social núm. 33 de Barcelona, entendiendo que el procedimiento que debió seguirse era el correspondiente al de despido colectivo recogido en el artículo 51 del ET pues, si se tienen en cuenta las extinciones de contrato produci-

das en los periodos de 90 días que respectivamente precedieron y siguieron a su propio despido, se alcanzó el umbral numérico establecido por la ley española, ya que, aparte de las cinco bajas voluntarias, todas las demás extinciones de contrato son «despidos o extinciones de contrato asimilables a los despidos».

El Juzgado de lo Social núm. 33 de Barcelona remite tres cuestiones prejudiciales al Alto Tribunal de la Unión en orden a la interpretación de la [Directiva 98/59/CE](#):

Primera. De entenderse que los trabajadores temporales cuyas extinciones contractuales por cumplimiento regular de la causa de temporalidad quedan fuera del ámbito de aplicación y protección de la Directiva 98/59/CE, en razón de lo dispuesto en su artículo 1, apartado 2, letra a) [...], ¿sería congruente con la finalidad de la Directiva que –por el contrario– sí fueran computados a efectos de determinar el número de trabajadores «habitualmente» empleados en el centro de trabajo (o empresa, en España) a efectos de calcular el umbral numérico del despido colectivo (10% o 30 trabajadores) regulado en el artículo 1, apartado 1, letra a), inciso i), de la Directiva?

Segunda. El mandato de «asimilación» de las «extinciones» a los «despidos» especificada en el segundo párrafo del apartado b) del artículo 1, apartado 1 de la Directiva 98/59/CE se condiciona a que «siempre» y cuando los despidos sean al menos cinco. ¿Debe interpretarse en el sentido de que tal condición se refiere a los «despidos» efectuados o producidos previamente por el empresario en el artículo 1, apartado 1, letra a), de la Directiva y no al número mínimo de «extinciones asimilables» para que opere tal asimilación?

Tercera. ¿Comprende el concepto de «extinciones del contrato de trabajo producidas por iniciativa de empresario con base en uno o varios motivos no inherentes a la persona del trabajador», definido en el último párrafo del artículo 1, apartado 1, de la Directiva 98/59/CE, la extinción contractual acordada entre empresario y trabajador que, aun siendo a iniciativa del trabajador, responde a una previa modificación de condiciones de trabajo a iniciativa del empresario por causa de crisis empresarial y que, finalmente, es indemnizada con un importe equivalente al despido improcedente?

3. DOCTRINA JUDICIAL: CLAVES DE LOS RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

Primera cuestión. Respecto de si el artículo 1, apartado 1, párrafo primero, letra a), de [Directiva 98/59/CE](#) debe interpretarse en el sentido de que los trabajadores con un contrato por una duración o para una tarea determinada deben considerarse incluidos entre los trabajadores «habitualmente» empleados en el centro de trabajo de que se trate, el TJUE, en la sentencia traída a diálogo, no hace sino recordar que esta cuestión ya fue resuelta en anteriores sentencias que concluían que no han de tenerse en cuenta las extinciones individuales de los contratos de trabajo celebrados por una duración o por una tarea determinada, cuando las extinciones tengan lugar

en la fecha en la que el contrato llega a su fin o se da por concluida la tarea que se encomendó –[Sentencia Rabal Cañas, C-392/13](#)–, por tanto, no considera computable, a efectos del trámite de despido colectivo exigido por el artículo 1, apartado 1, de la [Directiva 98/59/CE](#), las extinciones individuales de los contratos de trabajo celebrados por una duración o para una tarea determinada, cuando estas extinciones se producen «en la fecha en la que el contrato de trabajo llega a su fin o finaliza la tarea encomendada». No obstante, falta por saber si aquellos trabajadores contratados mediante contrato de obra o servicio determinado deben incluirse entre aquellos «habitualmente» empleados en el centro de trabajo, en los términos de la referida disposición. Para resolver esta cuestión la sentencia, de nuevo, se remite a sentencias dictadas anteriormente argumentando que no es posible utilizar un concepto excluyente de trabajadores para efectuar el cómputo de los mismos, sino que la utilización del término de trabajador exige efectuar una interpretación «autónoma y uniforme en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea» –[Sentencia Balkaya, C-229/14](#)– de tal manera que la Directiva no establece distinción alguna cuando se refiere a «centros de trabajo que empleen habitualmente a un determinado número de trabajadores» en relación con la distinta duración de los contratos de cada uno de ellos, de esta suerte que los 17 trabajadores cuyos contratos finalizaron en junio de 2013 «deben considerarse habitualmente empleados en el centro de trabajo» de Gestora Clubs Dir, SL.

Segunda cuestión. Respecto de si la expresión que contiene la Directiva relativa a que «los despidos sean al menos de cinco» y la duda de si en los mismos se comprenden las extinciones contractuales asimilables al despido, el TJUE señala que esta regla debe ser interpretada «en sentido estricto», esto es, exclusivamente a los despidos producidos, no extensible a las resoluciones contractuales asimilables a los mismos, pues «cualquier otra interpretación destinada a ampliar o restringir el ámbito de esta Directiva tendría la consecuencia de privar de todo efecto útil a la condición de que se trata, esto es, la que exige que los despidos sean al menos de cinco», conclusión que provoca repercusiones importantes, puesto que el error a la hora de tener en cuenta este requisito podría dar lugar a la inaplicación de las garantías que para los trabajadores exige el procedimiento de despido colectivo en orden a la información, consultas con los representantes de los trabajadores y medidas de acompañamiento social.

Tercera cuestión. La última y más trascendental cuestión es la de si el hecho de que el empresario proceda unilateralmente y en perjuicio del trabajador a una modificación esencial del contrato de trabajo por motivos no inherentes a la persona del trabajador constituye una extinción del contrato asimilable al despido en los términos de la Directiva. Recordemos que, en el asunto a tratar, una de las trabajadoras solicitó la extinción de la relación laboral al amparo del artículo 50 del [ET](#), originada por la modificación sustancial efectuada por la decisión de Gestora Clubs Dir, SL (reducción de un 25% del salario que venía percibiendo), decisión que no fue aceptada por la perjudicada, dando como resultado la extinción contractual «acompañada de una indemnización calculada del mismo modo que las que se aplican en caso de despido improcedente». Según el TJUE, la Directiva tratada «condiciona directamente la aplicación de la protección de los derechos que esta Directiva otorga a los trabajadores», de lo que se desprende que «dicho concepto tiene una repercusión inmediata en las cargas que esta protección supone», considerar, por tanto, que la rescisión del contrato de trabajo efectuada bajo las condiciones ya descritas no

es un despido en el sentido de la norma armonizadora «alteraría el ámbito de aplicación de esta Directiva y la privaría así de plena eficacia» (tal y como ya concluyó el TJUE en [Sentencia Confédération générale du travail y otros, C-385/05](#)), por lo que debe concluirse que el hecho de que el empresario proceda de modo unilateral, y en perjuicio del trabajador, a una modificación de elementos esenciales del contrato de trabajo por motivos no inherentes a la persona de este «queda comprendido en el concepto de despido utilizado en el artículo 1, apartado 1, párrafo primero, letra a), de dicha Directiva».

4. TRASCENDENCIA DE LA DOCTRINA SENTADA *AD FUTURUM*

De importante trascendencia es la doctrina sentada por la sentencia del TJUE en materia de despidos colectivos en cuanto a la nueva y necesaria interpretación *ad futurum* que se debe efectuar del artículo 51.1 del [ET](#). Al respecto, recordemos que la Sala de lo Social del Tribunal Supremo –[Sentencia de 25 de noviembre de 2013, rec. núm. 52/2013](#)– exige para el cómputo de los umbrales y aplicación de las garantías, además de que los despidos sean por las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (condición que no se exige en la Directiva comunitaria), atender a los criterios numéricos reflejados en el artículo 51 del [ET](#) e incluyendo «cualesquiera otras extinciones producidas en el periodo de referencia por iniciativa del empresario en virtud de otros motivos no inherentes a la persona del trabajador». Por tanto, esta doctrina debe ser completada ahora con la sentencia tratada en este diálogo y de la que deriva la siguiente cuestión: ¿ha de entenderse incluidas solo las resoluciones del artículo 50 del [ET](#), como menciona expresamente esta y de la que se deriva la cuestión principal, o cabe entender incluidas, del mismo modo, las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo por iniciativa del empresario a través del procedimiento previsto en el artículo 41 del mismo texto legal? He aquí la trascendencia de la sentencia y las repercusiones que tal inclusión pueda tener en futuras decisiones empresariales.