

EL MODELO ESPAÑOL DE DESPIDO COLECTIVO: PUNTOS CRÍTICOS A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA Y SU CONTRADICTORIA RECEPCIÓN EN LA DOCTRINA JUDICIAL

Rosa M.^a González de Patto

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Granada*

EXTRACTO

En el presente estudio se abordan los principales puntos críticos de la última jurisprudencia comunitaria interpretativa de la Directiva 98/59/CE, sobre despidos colectivos, al pronunciarse sobre la adecuación de la norma española de transposición, esto es, el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores. El análisis se centra particularmente en las consecuencias inmediatas que las dos últimas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea a este respecto, *Rabal Cañas*, de 15 de mayo de 2015 y *Pujante Rivera*, de 11 de noviembre de 2015, pueden tener en la configuración de nuestro modelo de despido colectivo y en su aplicación en la praxis forense, a la vista de las contradicciones que ya está generando su recepción por nuestra doctrina judicial.

Palabras claves: despido colectivo, derecho comunitario, transposición y praxis judicial.

Fecha de entrada: 31-05-2016 / Fecha de revisión: 22-06-2016 / Fecha de aceptación: 19-07-2016

THE SPANISH MODEL OF COLLECTIVE DISMISSAL: CRITICAL IN LIGHT OF EU CASE LAW AND CONTRADICTORY RECEPTION POINTS IN THE JUDICIAL DOCTRINE

Rosa M.^a González de Patto

ABSTRACT

The present study addresses the main problems that the interpretative jurisprudence of the applicable Community rules in the field of collective dismissal, Directive 98/59/EC, has highlighted when pronouncing on the adequacy of the internal standard by which this is transposed into our legal system, that is, the article 51 ET. The analysis is particularly centred on the immediate consequences that the last two Judgments of the ECJ related to the matter, *Rabal Cañas*, May 15th 2015 and *Pujante Rivera*, November 11th 2015, can generate in the technical juridical configuration of the collective dismissal in the Spanish Law and his application in the forensic praxis, in the view of the contradictions that it is already creating in its reception by our judicial system.

Keywords: collective dismissal, EU law, transposing norm and judicial praxis.

Sumario

1. Introducción
2. Modelo «comunitario» vs. modelo español de despido colectivo
3. La última jurisprudencia comunitaria interpretativa de la Directiva 98/59/CE y su impacto en la configuración jurídica del despido colectivo en el Derecho español
 - 3.1. La cuestión del umbral cuantitativo-numérico y el centro de imputación normativa para el cómputo
 - 3.2. La proyección de la sentencia Rabal Cañas en el modelo estatutario de despido colectivo
 - 3.3. Otros problemas interpretativos y aplicativos respecto al umbral numérico. Los conceptos de «plantilla habitual» y de «extinciones asimilables» en la sentencia Pujante Rivera
4. Algunas consideraciones sobre la configuración causal del despido colectivo estatutario a la luz de la jurisprudencia comunitaria

Bibliografía

1. INTRODUCCIÓN

En el marco de la crisis, el despido colectivo (que se sigue conociendo impropriadamente en España como «ERE extintivo») se ha convertido en un mecanismo de gestión empresarial emergente para los ajustes de plantillas que las empresas han considerado necesarios para adaptarse a necesidades económicas sobrevenidas¹. El recurso a esta figura extintiva en los reajustes empresariales está provocando una importante y significativa litigiosidad judicial a nivel nacional, inducida predominantemente por el cambio de modelo introducido para esta figura por la polémica reforma laboral de 2012, objeto de contradictorias valoraciones y que sigue generando importantes tensiones jurisprudenciales². Sin embargo, con ser este aspecto de máxima importancia, no será el enfoque de este estudio. El interés principal reside aquí en abordar los problemas que, coetáneamente, se han sucedido a partir del «nuevo diálogo judicial» abierto entre la doctrina judicial nacional –todavía no la jurisprudencia– y la jurisprudencia comunitaria, interpretativa de la [Directiva 98/59/CE, de 20 julio de 1998](#), relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a despidos colectivos³. En el marco de este nuevo sistema de «protección multinivel» de los derechos laborales⁴, un reducido grupo de jueces de lo social están provocando una constante revisión del régimen español de despido colectivo previsto en el [artículo 51 del ET](#).

En este sentido, bien conocido es ya –la [RTSS.CEF](#) viene dedicando un buen número de Estudios y Diálogos a las diferentes cuestiones que suscita, aportando interesantes puntos de vista para una revisión del régimen legal– que se han sucedido importantes sentencias del Tribunal Europeo en respuesta a diferentes cuestiones prejudiciales. La primera sentencia fue la de [30 de](#)

¹ Vid. un análisis, sobre datos estadísticos, de la degradación de los despidos económicos en la función de ajuste de plantilla y el «cambio de función» de otras figuras extintivas con este objetivo, como el despido «expres», en DESDENTADO BONETE, A.: «Crisis y reforma del despido: Puntos críticos seguidos de algunas propuestas», *Actualidad Laboral*, núm. 11, junio 2010, y «Los despidos económicos en España: El sistema, su crisis y los límites de la reforma», en S. Bentolila Chocrón y A. Desdentado Bonete (dirs.), *Despido y crisis económica*, Valladolid: Lex Nova, 2011.

² Vid. un análisis detenido de los principales puntos críticos, a partir de una reconstrucción crítica de la doctrina judicial y de la jurisprudencia social, incluyendo sus tensiones y virajes, en MOLINA NAVARRETE, C.: *La reforma laboral a juicio de los Tribunales*, Madrid: La Ley, 2016, págs. 353 y ss.

³ Sobre el «diálogo» Derecho UE-Derecho interno, en general, vid., VALDÉS DAL-RÉ, F.: «Los tribunales laborales en España y el Derecho social comunitario: Un diálogo emergente», *Actualidad Laboral*, 1998, pág. 813, tomo 3, La Ley. Y, en particular en materia de despido colectivo, vid.: CASAS BAAMONDE, M.^a E.: «Los despidos económicos en el marco de la reforma legislativa laboral y de la normativa de la Unión Europea», en *Los despidos por causas técnicas, organizativas y productivas*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid: CGPJ, 1996, págs. 13 y ss.; USHAKOVA, T.: «El despido colectivo en el Derecho de la Unión Europea», *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo* núm. 162, marzo 2014, págs. 177 y ss.

⁴ Vid. VALDÉS DAL-RÉ, F.: *El Constitucionalismo europeo y la protección multinivel de los derechos fundamentales laborales: luces y sombras*, Albacete: Bomarzo, 2016.

abril de 2015 (asunto C-80/14), recaída en respuesta a la cuestión prejudicial formulada por un tribunal británico (Tribunal de apelación de Inglaterra y Gales). Las dos sucesivas fueron de 13 de mayo de 2015, resolviendo una de ellas la cuestión prejudicial planteada por otro tribunal de Reino Unido (asunto C-182/13) y la otra, la petición de decisión prejudicial planteada por un juez español (asunto C-392/13, *Rabal Cañas*). Posteriormente, la STJUE de 11 de noviembre 2015 (asunto C-422/14, *Pujante Rivera*) abordó, a raíz de otra cuestión prejudicial procedente del mismo juzgado español promotor del asunto *Rabal Cañas*, otros conceptos de máximo interés concernientes a la configuración «comunitaria» del despido colectivo, de especial enjundia interpretativa y aplicativa del modelo español *ex artículo 51 del ET*.

En todos los supuestos, los órganos jurisdiccionales nacionales cuestionaban la adecuación a la Directiva de las normas internas de transposición de la misma en relación con determinados aspectos que inciden justamente en la configuración jurídica del despido colectivo y, particularmente, en su componente cuantitativo. Por lo tanto, todo apuntaba a que esta nueva oleada de jurisprudencia comunitaria, que realmente no es nada nueva sino que se remonta más de tres décadas atrás, iba tener una inevitable repercusión en la configuración técnico-jurídica del despido colectivo en nuestro ordenamiento jurídico y su aplicación judicial en varios sentidos. Por un lado, en lo concerniente a la unidad de referencia para el cómputo de los despidos efectuados; por otro lado, en relación con la delimitación del concepto de «extinciones asimiladas», a efectos en ambos casos del cumplimiento del umbral cuantitativo-numérico normativamente exigido, y, por último, en lo que respecta a la definición de la «plantilla habitual» sobre la que operan los porcentajes legales de trabajadores afectados. Y, en efecto, así ha sido, en un espacio relativamente corto de tiempo se han sucedido diversas doctrinas de suplicación que hacen una lectura radicalmente diferente del impacto de la jurisprudencia comunitaria en nuestro régimen normativo del despido colectivo, en especial el ámbito de cómputo –si la empresa, si el centro de trabajo– y cómo ha de jugar el célebre principio de norma más favorable. No ha habido, sin embargo, hasta ahora, pronunciamientos recientes posteriores a la jurisprudencia comunitaria –sí inmediatamente anteriores, manteniendo una solución muy tradicional que, sin duda, será objeto de revisión obligada– sobre la controvertida cuestión de la justificación causal de la figura extintiva, aunque sí existe doctrina comunitaria al respecto que, no siempre bien conocida en nuestra doctrina, ni científica ni judicial, merece ser revisada a efectos de completar el análisis de actualidad, expositivo y crítico, que ofrece este estudio.

2. MODELO «COMUNITARIO» VS. MODELO ESPAÑOL DE DESPIDO COLECTIVO

El artículo 1.1 de la [Directiva 98/59/CE, de 20 de julio de 1998](#), relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos⁵ delimita su ámbito de aplicación a la vez que configura jurídicamente la institución extintiva. A tal efecto, se considera despido colectivo «los despidos efectuados por un empresario, por uno o varios

⁵ DOCE L 225, de 12 de agosto de 1998, que refunde la Directiva del año 1975 y la Directiva del año 1992.

motivos no inherentes a la persona de los trabajadores, cuando el número de despidos producidos sea, según la elección efectuada por los Estados miembros: i) para un periodo de 30 días, al menos igual a 10 en los centros de trabajo que empleen habitualmente más de 20 y menos de 100 trabajadores; al menos el 10% del número de los trabajadores, en los centros de trabajo que empleen habitualmente como mínimo 100 y menos de 300 trabajadores; al menos igual a 30 en los centros de trabajo que empleen habitualmente 300 trabajadores, como mínimo; ii) o bien, para un periodo de 90 días, al menos igual a 20, sea cual fuere el número de los trabajadores habitualmente empleados en los centros de trabajo afectados». A ello se añade que «a efectos del cálculo del número de despidos [...], se asimilarán a los despidos las extinciones del contrato de trabajo producidos por iniciativa de empresario en base a uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores, siempre y cuando los despidos sean al menos 5».

El redactado del precepto pone de manifiesto relevantes divergencias entre el modelo comunitario de despido colectivo y nuestro modelo estatutario⁶. Dicho ahora en términos resumidos, el legislador comunitario se vale de la combinación de solo dos criterios para la configuración técnico-jurídica del despido colectivo: un criterio temporal, es decir, periodo en el que se realizan las extinciones contractuales (dejando a los Estados dos opciones al respecto), y un acumulativo criterio numérico, esto es, el número de trabajadores afectados por la medida extintiva, obviando cualquier requisito causal –causas justificativas–, que, contrariamente, sí incorpora el modelo adoptado en España (art. 51.1 ET). Pero también se aprecian claras divergencias en la definición del elemento cuantitativo. Por un lado, la norma comunitaria establece como unidad referencial para el cómputo de los trabajadores afectados el «centro de trabajo», cuando el artículo 51 del ET lo referencia a la «empresa», y, por otro lado, incluye en las extinciones computables a efectos de la protección frente al despido, los restantes ceses que se realicen en el mismo periodo temporal a iniciativa del empleador, siempre que respondan a motivos no inherentes al trabajador (extinciones «asimiladas» o «asimilables»). Estas también se contemplan en nuestro precepto estatutario, si bien con una notable diferencia: mientras que la Directiva supedita el cómputo de las mismas a que «los despidos sean al menos 5», la norma interna (art. 51.1. penúltimo párrafo ET) traslada ese umbral mínimo a las propias extinciones asimilables⁷. Por lo demás, la Directiva, como se ha visto, referencia el cómputo de los trabajadores afectados a la plantilla «habitual» del centro de trabajo, en tanto que la norma interna se refiere, sin matices, a la totalidad de los trabajadores de la empresa.

En lo que concierne a la delimitación negativa del ámbito de aplicación de la Directiva y, por ende, del concepto comunitario de despido colectivo, el apartado 2, letra a) del precitado artículo 1 establece, por lo que ahora interesa, que: «La presente Directiva no se aplicará a los despidos colectivos efectuados en el marco de contratos de trabajo celebrados por una duración o

⁶ Sobre la transposición al Derecho español de la Directiva 98/59/CE, vid. MARTÍNEZ MORENO, C.: «Cap. V. Vicisitudes y crisis empresariales», en J. García Murcia (dir.), *La transposición del Derecho social comunitario al ordenamiento español*, Madrid: MTAS, 2005.

⁷ «Para el cómputo del número de extinciones de contratos [...], 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), siempre que su número sea, al menos, de cinco».

para una tarea determinadas, salvo si estos despidos tienen lugar antes de la finalización o del cumplimiento de esos contratos [...]». La regla excluyente fue adoptada por la norma española, aunque con menores precisiones, limitándose a establecer la no contabilización de las extinciones *ex artículo 49.1 c) del ET*, esto es, las deducidas de contratos temporales, sin referencia alguna a las circunstancias en que dichos ceses se produzcan.

Las divergencias señaladas, y alguna otra que se apuntará a lo largo de este estudio, han desencadenado recientes y muy debatidos pronunciamientos del TJUE merecedores de un análisis pormenorizado, vista su trascendencia en la interpretación y aplicación del modelo español de despido colectivo y, sobre todo, el diálogo que han suscitado con los tribunales españoles, plasmado en una doctrina judicial contradictoria que ha oscilado hasta ahora entre el principio de interpretación conforme pro operario (Sala Social del TSJ del País Vasco) y pro empresa (Sala Social del TSJ de Cataluña).

3. LA ÚLTIMA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA INTERPRETATIVA DE LA DIRECTIVA 98/59/CE Y SU IMPACTO EN LA CONFIGURACIÓN JURÍDICA DEL DESPIDO COLECTIVO EN EL DERECHO ESPAÑOL

Un cuerpo importante de jurisprudencia comunitaria interpretativa de esta Directiva se ha centrado, precisamente, en aspectos relativos a la configuración jurídica del despido colectivo, pero ahora interesa traer a colación los pronunciamientos más recientes atinentes, unos, al elemento o criterio cuantitativo-numérico, y otros al requisito causal, en orden a su proyección en el *artículo 51.1 del ET*, bien forzando un cambio normativo o bien, cuando menos, orientando su interpretación y aplicación judicial por nuestros órganos jurisdiccionales del orden social.

3.1. LA CUESTIÓN DEL UMBRAL CUANTITATIVO-NUMÉRICO Y EL CENTRO DE IMPUTACIÓN NORMATIVA PARA EL CÓMPUTO

Como puede apreciarse, la aplicación de este criterio cuantitativo exige la determinación de la unidad referencial para el cómputo de los trabajadores afectados y la correspondiente superación o no del umbral normativamente establecido. Pues bien, en este punto, la norma comunitaria [art. 1.1 a) *Directiva 98/59/CE*] se basa en el centro de trabajo, mientras que la norma española utiliza como unidad de empleo referencial para el cómputo el conjunto de la empresa. Es fácil colegir que esta disparidad no es baladí, ya que, en la práctica, de la correcta utilización del ámbito de referencia va a depender la posibilidad legal de tramitar un despido colectivo, y, en su caso, la eventual nulidad de los despidos objetivos individuales utilizados alternativamente por el empleador.

El TJUE ya se había pronunciado desde tiempo atrás sobre la controversia empresa vs. centro de trabajo, creando una aquilatada doctrina forjada a partir de la *STJUE de 7 de diciembre de 1995, caso Rockfon*, que viene a determinar que el ámbito de referencia marcado por la Directiva es el centro de trabajo, entendiendo además que el término «centro de trabajo», que figura en la letra a) del apartado 1 del artículo 1 de la Directiva es un concepto de Derecho comunitario que

no puede definirse por referencia a las legislaciones de los Estados miembros, sino que debe interpretarse en función de la sistemática general y de la finalidad de la norma de la que forma parte. En base a ello, considera que el «centro de trabajo» se identifica como la unidad productiva a la que se hallan adscritos los trabajadores afectados por el despido para desempeñar su cometido, ya que «la relación laboral se caracteriza esencialmente por el vínculo existente entre el trabajador y aquella parte de la empresa a la que se halle vinculado». El Tribunal de Luxemburgo subraya, además, que a efectos de la definición del concepto de «centro de trabajo» no resulta esencial que dicha unidad disponga de una «dirección facultada para efectuar autónomamente despidos colectivos». En el mismo sentido se pronunciaron con posterioridad las SSTJUE de [7 de septiembre de 2006 \(asunto *Agorastoudis*\)](#) y de [15 de febrero de 2007 \(asunto *Athinaïki Chartopoiia*\)](#).

Por lo que respecta al Derecho español, es sabido, que al efectuar la transposición de la Directiva, el artículo 51.1 del ET combinó desde un principio tres criterios en la configuración legal del despido colectivo: el causal, esto es, las causas motivadoras de la medida (ausente en la Directiva); el criterio temporal, o periodo de tiempo en que se efectúan las extinciones contractuales y, en tercer lugar, el criterio cuantitativo: número mínimo de extinciones proyectadas por el empresario en función de la plantilla del conjunto de la empresa. En este sentido, la norma interna contempla dos tipos de despido: a) despido colectivo total, cuando la medida extintiva afecta a la totalidad de la plantilla de la empresa, siempre que esta sea superior a cinco empleados, de modo que en este caso el despido aboca en el cierre de la empresa; b) despido parcial, cuando las extinciones afectan a un número mínimo de trabajadores, computable en un periodo temporal determinado (90 días). El evidente desajuste jurídico con la normativa comunitaria implicó algunas interpretaciones doctrinales proclives a considerar que la norma interna, pese a su literalidad, podría entenderse referida al centro de trabajo⁸, aunque la doctrina mayoritaria se decantó por rechazar la consideración aislada de los centros de trabajo a efectos numéricos, señalando que el centro de imputación del artículo 51.1 del ET, a efectos del umbral, es la plantilla de la empresa en su conjunto⁹.

Contrariamente al enfoque del TJUE, cuando se ha afrontado a nivel nacional y en sede judicial este conflicto (centro de trabajo vs. empresa), el criterio prevalente en la doctrina judicial ha sido hasta ahora unánime: la empresa en su conjunto ha de ser el marco organizativo en el que ha de contabilizarse la plantilla, criterio posteriormente confirmado, en unificación de doctrina, por la Sala IV del Tribunal Supremo. En efecto, el Tribunal Supremo, pese al concepto restrictivo de centro de trabajo acuñado por jurisprudencia comunitaria, se ha pronunciado en sentido contrario

⁸ Vid. MARTÍNEZ EMPERADOR, R.: «Despido objetivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción», en AA. VV. (De la Villa Gil, coord.), *Reforma de la legislación laboral. Estudios dedicados al Profesor Manuel Alonso García*, Madrid, 1995; MONTOYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo*, 15.ª ed., Madrid, 1994.

⁹ En este sentido, vid. PRADOS DE REYES, F. J.: «Despidos colectivos», en AA. VV. (Alarcón Caracuel, coord.), *La Reforma laboral de 1994* Madrid, 1994, pág. 231; VALDÉS DAL-RÉ, F.: «Los despidos por causa económica», en AA. VV., *La Reforma del mercado laboral*, Valladolid: Lex Nova, 1994, pág. 406; MONTALVO CORREA, J.: «Delimitación jurídica del supuesto del despido colectivo», en AA. VV., *Reforma de la legislación laboral. Estudios dedicados al Profesor Manuel Alonso García, op. cit.*, pág. 347; MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: *El despido colectivo en el Derecho Español*, Pamplona: Aranzadi, 1997, pág. 85.

a esta, afirmando que, en el caso español, debe ser la empresa y no el centro de trabajo la unidad de referencia para el cómputo. Así lo dispuso en la [STS de 18 de marzo de 2009](#)¹⁰, a propósito de un litigio en el que, incluso, este criterio resultaba desfavorable para los trabajadores afectados. El principal argumento de la sala para justificar esta solución reside en el artículo 5 de la propia [Directiva](#), que, en coherencia con el objetivo de reforzar la protección de los derechos de los trabajadores, atribuye a los Estados miembros la facultad de adoptar medidas legales más favorables para estos últimos (principio de favor). Amparándose en esta previsión, concluye que, analizada en su conjunto la norma nacional, cumple con el objetivo de facilitar mayor protección a los trabajadores que la propia Directiva, ya que establece una regulación procedimental más favorable para los trabajadores, no solo con respecto a la unidad de referencia física para el cómputo de trabajadores afectados (empresa y no centro de trabajo), sino también al exigir al empleador la justificación de la causa extintiva y supeditar la aplicación de la medida extintiva a autorización administrativa previa¹¹.

La necesidad de una interpretación uniforme sobre la unidad de empleo referencial para el cómputo de los despidos y sobre el concepto mismo de centro de trabajo es lo que ha llevado al TJUE a pronunciarse una vez más a este respecto con tres sentencias sucesivas, y lo ha hecho reiterando la jurisprudencia anterior. La primera de ellas, la [Sentencia de 30 de abril 2015 \(asunto C-80/14, *Usdaw y Wilson*\)](#), en la que se viene a resolver una cuestión prejudicial planteada por un tribunal del Reino Unido en relación con el concepto de centro de trabajo en el marco de los despidos colectivos, regulados por la [Directiva 98/59/CE](#). A dicha cuestión prejudicial vinieron a sumársele posteriormente dos más: una formulada por otro tribunal británico ([asunto C-182/13, *Lyttle y otros*](#)), y la última, por un órgano jurisdiccional español ([asunto C-392/13, *Rabal Cañas*](#)).

Dado que el objeto de las tres cuestiones prejudiciales era coincidente en lo básico (la adecuación de las normas nacionales a la Directiva en lo concerniente a la unidad física de imputación de los despidos), el Abogado General elaboró sus Conclusiones de forma acumulada entrando a conocer de los tres asuntos simultáneamente. No obstante, el TJUE, a la hora de resolver las cuestiones prejudiciales, ha desgajado el asunto ([C-80/14](#)), dando lugar a la [sentencia de 30 de abril de 2015 \(*Usdaw y Wilson*\)](#), que habría por ello de tener un valor anticipatorio de la resolución correspondiente a la cuestión prejudicial española ([asunto C-392/13, *Rabal Cañas*](#)). En ella, el TJUE, tras reiterar su doctrina sobre el concepto de «centro de trabajo» de la [Directiva 98/59/CE](#) y la necesidad de su interpretación autónoma y uniforme por los Estados miembros, señala que, sin perjuicio de la previsión del artículo 5, deben ser tenidos en cuenta, a efectos del cómputo, «los despidos efectuados en cada centro de trabajo considerado por separado», considerando, por tanto, no conforme a la Directiva una interpretación del concepto de centro de trabajo que permita la inclusión, cuando el despido afecta a varios de ellos, de los trabajadores de todos los centros implicados, por ser contraria al doble objetivo de la norma comunitaria: refuerzo de la protección de los trabajadores y equiparación de las cargas empresariales.

¹⁰ RCU 1878/2008.

¹¹ Reiterando esta doctrina, *vid.* SSTS de [8 de julio de 2012 \(RCUD 2341/2011\)](#) y [25 de noviembre de 2013 \(RCUD 52/2013\)](#).

Esta solución presagiaba cuál podría ser la respuesta del TJUE a las dos posteriores cuestiones prejudiciales: la formulada por un tribunal del Reino Unido ([caso C-182/13, Lyttle](#)) y por el Juzgado núm. 33 de Barcelona ([asunto C-392/13, Rabal Cañas](#)), como así sucedió con las respectivas sentencias de 13 de mayo de 2015. En ambas se reitera la doctrina anterior y se hace hincapié en que este el criterio a seguir, incluso en los supuestos, como el de los litigios principales, en los que el cómputo de todos los centros de trabajo resulte más beneficioso para los trabajadores despedidos, por tratarse de empresas con numerosos centros de trabajo de pequeña dimensión. El TJUE reconoce que, aunque de este último modo se daría cumplimiento a una de las finalidades de la Directiva, cual es la protección del mayor número de trabajadores posibles, ello se haría a costa de la quiebra del otro objetivo de la norma: la homologación de las cargas que deban soportar las empresas de los Estados miembros.

No obstante, el TJUE deja la puerta abierta a otras soluciones jurídicas de los Estados, amparadas en el artículo 5 de la [Directiva](#). De este modo, estima que la protección podría extenderse por decisión de un Estado miembro no solo a los trabajadores adscritos a un centro de trabajo de la empresa, sino también a todos aquellos que vayan a ser despedidos con independencia del número de trabajadores que haya en cada centro afectado, pudiendo entonces ser computados tomando en consideración toda la empresa, pero sin concretar la fórmula jurídica que permitiera la apertura a la «empresa» como unidad referencial de cómputo manteniendo a la vez la exigencia de tomar en consideración «los despidos efectuados en cada centro de trabajo considerado por separado»¹².

Esa concreción la ha hecho ya, explícitamente, el Tribunal Europeo en la [Sentencia Rabal Cañas, de 13 de mayo de 2015 \(caso C-392/13\)](#), en su apartado 52, que será en la que se centrará principalmente el análisis, dado que, como se presagiaba, ya ha tenido proyección en nuestra doctrina judicial interpretativa del [artículo 51.1 del ET](#) a través de sentencias contradictorias, que abocarán seguramente en un pronunciamiento casacional por parte de la Sala IV del Tribunal Supremo. La citada sentencia responde, como se sabe, a la cuestión prejudicial que el Juzgado de lo Social núm. 33 de Barcelona formula ante el TJUE¹³, en el marco de un litigio en el que la pretensión principal del trabajador demandante era la nulidad de su despido objetivo por fraude de ley [[art. 52 c\) ET](#)], al entender que la empresa había realizado un despido colectivo *de facto* o encubierto por haberse superado los umbrales numéricos del [artículo 51.1 del ET](#). Para ello invoca el artículo 1.1 a) de la [Directiva 98/59/CE](#), según el cual si el cómputo del despido del demandante y los 12 restantes producidos se hubiese referenciado al centro de trabajo al que estaban adscritos, habría sido aplicable la protección propia del despido colectivo, no resultando así, por el contrario, al referenciarse, conforme a la legislación española, a la plantilla del conjunto de la empresa.

¹² La doctrina apunta que para hacer compatibles exigiría que el concepto de Derecho comunitario «centro de trabajo», en relación con el ámbito mínimo de consideración del «despido colectivo», quede integrado en la norma de transposición, con la posibilidad de ampliar el ámbito de protección a la «empresa» en su conjunto para los supuestos en los que la aplicación de este último criterio resulte más favorable para los trabajadores. ROJO TORRECILLA, E.: «Despidos colectivos. Dos nuevas sentencias del TJUE sobre el concepto de centro de trabajo y el método de cálculo del número de trabajadores despedidos. Notas a las sentencias de 13 de mayo, con especial atención al asunto C-392/13 y su posible impacto sobre la legislación y jurisprudencia española», www.eduardorjotorrecilla.es.

¹³ Auto del Juzgado de lo Social núm. 33 de Barcelona de 1 de septiembre de 2013.

La cuestión prejudicial se estructura en cuatro preguntas: la primera, relativa a la adecuación a la Directiva de una normativa nacional que, como el [artículo 51.1 del ET](#), restrinja el ámbito del despido colectivo a las extinciones basadas en causas económicas, técnicas, organizativas o productivas; la segunda, se refiere a si, conforme a la [Directiva](#), las extinciones de contratos de duración determinada, como las previstas en el [artículo 49.1 c\) del ET](#), podrían considerarse despidos o, en otro caso, como extinciones «asimiladas»; en la tercera, el magistrado se cuestiona si la regla de inaplicación de la Directiva referida a los «despidos colectivos efectuados en el marco de contratos de trabajo celebrados por una duración o para una tarea determinadas», se define por un criterio exclusivamente cuantitativo o, por el contrario, exige además que deriven del mismo marco de contratación colectiva por una misma duración, obra o servicio; por último, en cuarto lugar, pide al TJUE que se pronuncie sobre si es contraria a la [Directiva](#) una norma nacional, como la española, que establezca el conjunto de la empresa como única unidad referencial para el cómputo de los ceses, excluyendo así los supuestos en los que referenciados al centro de trabajo se hubiese cumplido el umbral numérico.

De las cuatro cuestiones planteadas, el TJUE descarta inexplicablemente pronunciarse sobre la primera, esto es, acerca de la restricción que introduce la norma española en la configuración del despido colectivo al imponer una justificación causal a la medida extintiva, y lo hace con el endeble argumento de que la [Directiva](#) no resultaba aplicable al supuesto de autos al incumplirse los requisitos cuantitativos de su artículo 1.1 a). Si esto era así, no tendría que haberse pronunciado entonces respecto de las demás cuestiones prejudiciales, como por el contrario ha hecho. No obstante, sobre este aspecto existe jurisprudencia comunitaria, que permitirá aportar más adelante algunas consideraciones sobre la configuración causal del despido colectivo del [artículo 51.1 del ET](#).

En cuanto a la segunda cuestión (cómputo de las extinciones por cumplimiento del término de contratos temporales como despidos o «extinciones asimilables»), el TJUE concluye que, de acuerdo con el artículo 1, apartado 2 de la [Directiva](#), «[...] no han de tenerse en cuenta las extinciones individuales de los contratos de trabajo celebrados por una duración o para una tarea determinadas, cuando dichas extinciones tienen lugar en la fecha en la que el contrato de trabajo llega a su fin o se finaliza la tarea encomendada». El TJUE entiende que al extinguirse tales contratos cumplido su término carece de sentido su cómputo, ya que el objetivo de la fase de consulta-negociación, «consistente en evitar los despidos o reducir su número y en buscar alternativas para atenuar sus consecuencias no puede alcanzarse en modo alguno en lo que respecta a los resultantes de la extinción de los contratos (temporales)». Es decir, para el TJUE estas extinciones ni son despidos ni tampoco extinciones «asimilables» a despidos, sino que, bien al contrario, son subsumibles en la exclusión prevista en el artículo 1.2 a) de la [Directiva](#), referida «a los despidos colectivos efectuados en el marco de contratos de trabajo celebrados por una duración o para una tarea determinadas, salvo si estos despidos tienen lugar antes de la finalización o del cumplimiento de esos contratos».

Aquí, la jurisprudencia comunitaria y la unificada del Tribunal Supremo coinciden plenamente. Debe recordarse, en efecto, que según la doctrina casacional la regla general es que las extinciones por cumplimiento del término de contratos temporales «regulares» no serían computables ([art. 51.1 párrafo 5 ET](#)), si bien sí se computan excepcionalmente las resultantes de con-

tratos temporales rescindidos *ante tempus* y de los declarados judicialmente en fraude de ley. Es más, cabría inferir que tales extinciones, más que como «extinciones asimilables» a efectos del artículo 1.1 b) de la [Directiva](#) y [51.1 párrafo 5 del ET](#), las concibe la Sala IV como «despidos verdaderos»¹⁴. El voto particular formulado a la [STS de 3 de julio de 2012](#) es bastante expresivo en este sentido: «Visto desde la perspectiva del control judicial de los actos del empresario, la recalificación del acto empresarial de cese al amparo del artículo 49.1 c) ET en despido colectivo del artículo 49.1 i) (y 51) ET me parece no ajustada a derecho en las circunstancias del caso. Una cosa es computar a efectos de despido colectivo todos los ceses por voluntad del empresario del "periodo de referencia" previsto en el artículo 51.1 ET, y otra cosa distinta es transformar en despido colectivo un cese acordado (aunque lo fuera indebidamente) con base en el artículo 49.1 c) ET. El derecho de configuración jurídica atribuido al empresario en uno y otro supuesto es distinto, y a las respectivas consecuencias de su ejercicio ilícito habrá de estarse en cada caso».

Pues bien, el TJUE se aparta en este punto de la más sólida, a mi juicio, argumentación del magistrado de instancia, según la cual la exclusión del ámbito de aplicación de la Directiva podría referirse exclusivamente a «extinciones colectivas» de contratos temporales, que serían aquellas en las que la causa o circunstancias de la contratación determinan que esta sea masiva o cuantitativamente colectiva (por ejemplo, contrataciones estacionales masivas en el sector de la hostelería, o las vinculadas a contratos o subcontratas), por lo que la correspondiente extinción también ha de ser de carácter colectivo. Desde este punto de vista, rechazado por el TJUE, sí serían computables a efectos del despido colectivo las extinciones «individuales» de contratos temporales, ya que en este caso el control de causalidad de tales contrataciones y su adecuación a Derecho es mucho más débil a cargo del trabajador individualizado que si la realizan los representantes de los trabajadores en la procedimentalización participada del despido colectivo, máxime en un mercado de trabajo como el español en el que se detectan elevados porcentajes de contratos temporales fraudulentos. De este modo, se contribuiría al reforzamiento de la protección de los trabajadores, uno de los objetivos de la Directiva.

Sobre la tercera cuestión, estrechamente vinculada a la segunda, el TJUE se pronuncia también de manera desestimatoria, sosteniendo que en la regla excluyente del artículo 1.2 de la [Directiva](#) el legislador comunitario se sirve únicamente de un criterio cualitativo, en el sentido de que la causa de los despidos excluidos de cómputo debe ser no inherente a la persona de los trabajadores y deducido de una contratación de duración o para tarea determinadas, sin añadir ninguna exigencia más al respecto, por lo que la tesis de vincular la causa de esos «despidos colectivos» «a un mismo marco de contratación colectiva por una misma duración o para una misma tarea» incorporaría una exigencia no prevista en la norma comunitaria.

¹⁴ Vid. [STS de 3 de julio de 2012 \(RCUD 1657/2011\)](#), FJ 4.º: «Solo podrán excluirse del cómputo numérico que lleva aparejada la calificación jurídica de despido colectivo aquellas extinciones de contratos por tiempo o tarea determinados cuando la extinción se ha producido regularmente, pero en ningún caso cuando [...] los despidos se han llevado a cabo antes de la finalización de la obra [por ejemplo, que se extinga el contrato a pesar de no haberse cumplido la circunstancia invocada que justifica su resolución], no pudiendo excluirse tampoco cuando la naturaleza de los contratos, por haberse realizado en fraude de ley, no era temporal sino indefinida». En el mismo sentido, [STS de 8 de julio de 2012 \(RCUD 2341/2011\)](#).

Con todo, la parte de la [STJUE C-392/13](#) de mayor repercusión en la configuración legal del despido colectivo en el ordenamiento español es la que da respuesta a la cuarta cuestión prejudicial, referida, como ya se ha dicho, a cuál debe ser el ámbito o unidad de empleo referencial para el cómputo de los trabajadores objeto de despido (umbral numérico): el centro de trabajo (regla de la [Directiva 98/59/CE](#)) o la empresa (regla del [art. 51.1 ET](#)).

La [sentencia Rabal Cañas](#) vuelve a apelar en sus apartados 42 a 47 al concepto comunitario de «centro de trabajo», en términos idénticos a los de las dos sentencias precedentes. Partiendo de ese presupuesto, el TJUE insiste una vez más en que serán los despidos efectuados en cada una de esas unidades de empleo («centros de trabajo» a los que se hallen adscritos los trabajadores) «los que han de tomarse en consideración *separadamente* de los efectuados en otros centros de trabajo de esa misma empresa», quedando patente así la divergencia con el modelo del [artículo 51.1 del ET](#) que opta por la «empresa» como ámbito de referencia. En consecuencia, el TJUE considera de forma tajante que, a la vista de lo dispuesto en el [artículo 51.1 del ET](#), «infringe el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 98/59/CE una normativa nacional que introduce como única unidad de referencia la empresa y no el centro de trabajo, cuando la aplicación de dicho criterio conlleva obstaculizar el procedimiento de información y consulta establecido en los artículos 2 a 4 de esta Directiva, siendo así que, si se utilizase como unidad de referencia el centro de trabajo, los despidos de que se trata deberían calificarse de "despido colectivo" a la luz de la definición que figura en el artículo 1, apartado 1, párrafo primero, letra a), de dicha Directiva» (apdo. 54). No obstante, el TJUE incorpora aquí un importante matiz, concretando el que sugiriera en la [Sentencia de 13 de mayo de 2015 \(asunto C-182/13, Lyttle y otros\)](#): la consideración de la «empresa» como unidad de empleo referencial no es descartable en términos absolutos, admitiendo que los Estados miembros puedan contemplar en sus normas internas las dos posibilidades (centro de trabajo y empresa) en función de cuál pueda resultar más favorable en términos de garantizar el procedimiento de información y consulta *ex artículo 51 del ET* y su Reglamento de desarrollo: [Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre](#). Con ello, el centro del debate girará en torno al mayor o menor grado de protección de los trabajadores afectados según se acojan a uno u otro criterio, cuestión que corresponderá dirimir al órgano jurisdiccional nacional en los litigios que se planteen en estos términos.

En síntesis, pues, para el TJUE la sustitución del término «centro de trabajo» por el de «empresa», tal como ocurre en el artículo 51.1 del ET y en la interpretación dada al mismo por el Tribunal Supremo, solo puede considerarse favorable a los trabajadores «si dicho elemento supone una añadidura y no implica el abandono o la reducción de la protección conferida a los trabajadores en aquellos casos en los que, si se aplicase el concepto de centro de trabajo, se alcanzaría el número de despidos requerido por el artículo 1, apartado 1, párrafo primero, letra a), de la Directiva 98/59/CE para aplicar la calificación de "despido colectivo"» (apdo. 52)¹⁵.

¹⁵ Algún comentarista de la sentencia *Rabal Cañas* ha concluido que, conforme a la misma, el término «empresa» utilizado por el [artículo 51 del ET](#) debe entenderse referido al «centro de trabajo» de adscripción de los afectados siempre que este tenga una plantilla superior a 20 empleados (exigencia de la Directiva) y, además, se cumpla el umbral numérico exigido por la norma interna. En los demás supuestos, en los que, a la vista del número de trabajadores afectados, tanto a nivel de empresa en su conjunto como en cada centro en particular, las garantías de información y

3.2. LA PROYECCIÓN DE LA SENTENCIA RABAL CAÑAS EN EL MODELO ESTATUTARIO DE DESPIDO COLECTIVO

A la vista de la [doctrina Rabal Cañas](#), es ineludible plantearse cuáles son sus repercusiones en el [artículo 51 del ET](#) y su aplicación por los jueces y tribunales del orden social. En este sentido, cabrían tres soluciones teóricas¹⁶:

- Una: reconocer eficacia aplicativa directa (eficacia horizontal) de la [Directiva 98/59/CE](#). En tal caso –como se ha hecho excepcionalmente en determinados supuestos–, a la luz de la STJUE de 13 de mayo de 2015, habría que concluir que debe efectuarse un «doble escrutinio alternativo del umbral numérico», conforme a los parámetros de cálculo del [artículo 51.1 del ET](#) (referidos a la unidad física «empresa») o, alternativamente, a los parámetros de cálculo del artículo 1.1 de la [Directiva](#) (referidos a la unidad física «centro de trabajo»), bastando la superación del umbral numérico en uno de ambos cálculos para determinar la activación del procedimiento de despido colectivo.
- Dos: asumir la ineficacia aplicativa directa de la [Directiva 98/59/CE](#). Desde esta perspectiva, establecida por la [sentencia Rabal Cañas](#) la inadecuación de la norma interna ([art. 51.1 ET](#)) a la [Directiva 98/59/CE](#) y dado que la misma carece de «efecto directo» en las relaciones entre particulares, esta tendría una «eficacia jurídica vertical», de modo que el Estado español vendría obligado a la necesaria modificación del [artículo 51.1 del ET](#) a fin de subsanar la incorrecta transposición. Mientras ello no ocurra, no podría reconocerse otro efecto a la [Directiva](#) incorrectamente transpuesta que la justificación de reclamaciones al Estado por responsabilidad patrimonial por el incumplimiento¹⁷.
- Tres: eficacia interpretativa «indirecta» de la [Directiva](#) con base en el «principio de interpretación conforme», que es por el que se decanta el juez español al resolver el litigio principal. Este criterio parte de la falta de efecto directo de las directivas, aunque sí quepa reconocerles una «eficacia horizontal indirecta», en la medida en que deben aplicarse a las relaciones entre particulares por la vía de la interpretación del derecho interno por parte de los órganos jurisdiccionales nacionales. De acuerdo con ello, establecida por el Tribunal de Luxemburgo (en este caso, por la STJUE

consulta deban ponerse en marcha en todo caso, resultará indiferente el ámbito de cómputo de los despidos. *Vid.* CASTRO ARGÜELLES, M. A.: «Los conceptos de "centro de trabajo" y "despido colectivo" en el "Derecho de la Unión", a propósito de la Directiva 98/59/CE», *La Ley Unión Europea*, núm. 29, año III, 30 de septiembre de 2015, La Ley.

¹⁶ *Vid.* Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 33 de Barcelona, de 10 de junio de 2015.

¹⁷ La jurisprudencia sobre la responsabilidad patrimonial del Estado incumplidor se acuña en la *STJCE* de 19 de noviembre de 1991, *Francovich y Bonifaci*, asuntos 6/90 y 9/90; reiterada después en las sentencias de 5 de marzo de 1996, *Brasserie du pêcheur y Factortame*, asuntos acumulados C-46/93 y C-48/93; de 26 de marzo de 1996, *British Telecommunications*, C-392/93; de 23 de mayo de 1996, *Hedley Lomas*, C-5/94; y de 8 de octubre de 1996, *Dillenkofer y otros*, asuntos acumulados C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 y C-190/94.

de 13 de mayo de 2015) la falta de adecuación de la norma interna a la norma comunitaria y tomando en consideración los métodos de interpretación habituales en su correspondiente sistema jurídico, el juez nacional deberá dar prioridad a aquel criterio que le permita otorgar a la norma interna (el [art. 51.1 ET](#), en nuestro caso) un significado y una aplicación a los litigios conforme a la [Directiva 98/59/CE](#).

Es sabido que el principio de «interpretación conforme» ha sido acuñado por la jurisprudencia comunitaria y con base en el mismo: «Al aplicar el derecho nacional, ya sean disposiciones anteriores o posteriores a la directiva, el órgano jurisdiccional nacional que debe interpretarla está obligado a hacer todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la directiva, para, al efectuar dicha interpretación, alcanzar el resultado al que se refiere la directiva y así atenerse al párrafo tercero del art. 189 (actual art. 249) del Tratado»¹⁸. Es más, el «principio de interpretación conforme», más que una opción, se plantea como una obligación de los jueces y tribunales nacionales de resolver los litigios a partir de las disposiciones internas de transposición de las directivas comunitarias, pero siempre guiados por los parámetros marcados por la norma comunitaria, salvando así el obstáculo de la controvertida aplicabilidad directa de las directivas mediante el recurso a su indiscutible eficacia interpretativa¹⁹. En ese sentido se ha expresado también nuestro Tribunal Supremo, que no solo ha incidido en la prevalencia de la jurisprudencia comunitaria sobre la doctrina de los tribunales de los Estados miembros en la interpretación de los preceptos del Derecho Comunitario, sino también en la obligación de los tribunales nacionales de interpretar el Derecho interno de conformidad con las directivas y principios del Derecho Comunitario, en virtud del principio de interpretación *pro comunitate*²⁰.

No obstante, la propia jurisprudencia comunitaria ha señalado que este principio no es absoluto, y el primer límite que debe respetar es la prohibición de interpretación *contra legem*, de tal forma que operará cuando la norma nacional aplicable al caso lo permita. Teniendo presente dicho límite, la fórmula más razonable, a mi entender, de resolver la inadecuación de la norma interna ([art. 51.1. ET](#)) a la [Directiva 98/59/CE](#), en lo concerniente a la unidad física de referencia para el cálculo del umbral numérico en los litigios en los que se cuestione la viabilidad o no del despido colectivo, sería aplicar el criterio interpretativo que sugiere la propia [sentencia Rabal Cañas](#) (apdo. 52): considerar que el término «empresa», utilizado por nuestro [artículo 51.1 del ET](#)

¹⁸ La doctrina de la «interpretación conforme» empezó a acuñarse a comienzos de la década de los ochenta: [asunto Von Colson y Kamann](#) (Sentencia de 10 de abril de 1984, [asunto 14/83](#)), [Marleasing](#) (Sentencia de 13 de noviembre de 1990, [asunto C-106/89](#)), SSTJCE de [13 de noviembre de 1990](#) ([asunto Marleasing](#)) y [asunto Wagner Miret](#) (Sentencia de 16 de diciembre de 1993, [asunto C-334/92](#)).

¹⁹ En general, sobre la dualidad competencial del TJUE y los tribunales laborales nacionales en la aplicación del Derecho social comunitario y el diálogo entre ambas jurisdicciones, *vid.* VALDÉS DAL-RÉ, F.: «Los tribunales laborales en España y el Derecho social comunitario: Un diálogo emergente», *op. cit.*

²⁰ *Vid.*, en este sentido, [STS, Social, Sala General, de 24 de junio de 2009](#) (RCUD 1542/2008), en la que la Sala cambia su doctrina en relación con el derecho al disfrute de las vacaciones en supuestos de incapacidad temporal iniciada con anterioridad, en virtud de la doctrina sentada por el TJUE al respecto ([STJUE de 20 de enero de 2009](#)).

«solo puede considerarse favorable a los trabajadores si dicho elemento supone una añadidura y no implica el abandono o la reducción de la protección conferida a los trabajadores en aquellos casos en los que, si se aplicase el concepto de centro de trabajo, se alcanzaría el número de despidos requerido por el artículo 1, apartado 1, párrafo primero, letra a), de la Directiva 98/59/CE para aplicar la calificación de «despido colectivo».

En todo caso, teniendo en cuenta que la [Directiva 98/59/CE](#) no resultaba aplicable al litigio principal en este caso, dado que en el supuesto de hecho controvertido no concurrían todos los elementos del umbral establecido en el artículo 1.1 a) de la norma comunitaria (puesto que el centro de trabajo de adscripción del trabajador demandante no disponía de más de 20 empleados) y, por otra parte, tomando como referencia la empresa ([art. 51.1 ET](#)) tampoco se alcanzaba el umbral mínimo de afectados, el juez de instancia, en lugar de desestimar la pretensión de nulidad del despido objetivo del demandante, optó por una solución arriesgada. Así, desde la perspectiva que aporta el artículo 5 de la [Directiva](#), la unidad referencial de cómputo del [artículo 51.1 del ET](#) representaría una mejora de la norma interna, de modo que, teniendo en cuenta el principio *pro communitate*, el juez interpreta y aplica el [artículo 51.1 del ET](#) en el sentido de que el término «empresa» utilizado por el mismo debe entenderse indistintamente como «empresa o centro de trabajo», en función de cuál de los dos ámbitos resulte más beneficioso para activar la tutela legal de los trabajadores afectados, «subsannando» así, por vía jurisprudencial, la inadecuación de la norma nacional a la comunitaria, pero aprovechando, a su vez, los aspectos más favorables aportados por la primera.

A esta solución interpretativa se le puede reprochar, como hizo la empresa demandada en el litigio principal desencadenante de la [sentencia Rabal Cañas](#), el valerse de una técnica de «espiguelo» internormativo, seleccionando entre las normas concurrentes (comunitaria y nacional) aquellas reglas que resulten más favorables para los trabajadores, pero, como contrapunto, es una forma de adaptar nuestro precepto estatutario a la morfología del tejido productivo de nuestro país, en el que, a resultas de la extensión de las técnicas de externalización productiva, han emergido las empresas con elevadas plantillas aunque distribuidas en múltiples microcentros de trabajo con un número muy reducido de trabajadores en cada uno de ellos.

Tras la comentada SJS núm. 33 de Barcelona, la doctrina judicial de suplicación ya se ha hecho eco de la [doctrina Rabal Cañas](#), si bien recepcionándola en términos contradictorios, lo que terminará desencadenando, a buen seguro, un pronunciamiento casacional del Tribunal Supremo a este respecto. En efecto, la primera resolución ha sido la [STSJ del País Vasco de 21 de mayo de 2015 \(rec. núm. 5/2015\)](#), en la que, después de analizar pormenorizadamente la del TJUE y recoger su principal conclusión en materia de umbrales, aplica la misma de manera automática y declara la nulidad de los despidos objetivos impugnados alegando que, aunque es cierto que en el conjunto de la empresa –de más de 3.000 empleados–, el despido de 27 empleados de uno de sus centros de trabajo no podía ser considerado un despido colectivo a la luz del [artículo 51.1 del ET](#), tomando como referencia el centro de trabajo –con 77 empleados–, la extinción de 27 contratos sí debía considerarse como tal. No obstante, la línea de tendencia marcada en la doctrina judicial por estas dos sentencias basadas en el principio *pro communitate* en favor de los trabajadores, la más reciente [STSJ de Cataluña de 22 de febrero de 2016 \(rec. núm. 5499/2015\)](#) se desmarca de

este enfoque al resolver el recurso de suplicación presentado por la empresa demandada contra la SJS núm. 33 de Barcelona (caso *Rabal Cañas*), anulándola y estimando la pretensión de la recurrente. La Sala Social catalana achaca a la sentencia de instancia una errónea interpretación del concepto de empresa del precepto estatutario al englobar en él el concepto comunitario de «centro de trabajo», amén de confundir la técnica de espiguelo normativo, en la que se apoya el fallo, con el principio de norma más favorable, y todo ello con una justificación, según la sala, también fallida: la alineación con el objetivo de la Directiva de procurar la mayor protección a los trabajadores, pero en detrimento del otro objetivo de la norma situado al mismo nivel que el anterior: la uniformización de las cargas para las empresas. Es más, le reprocha al juez de instancia valerse de una forma de integración de la disparidad de las dos voluntades reguladoras en liza (la comunitaria y la nacional) impropia de la función jurisdiccional por corresponder esta al legislador²¹.

La contradicción ya presente en la doctrina judicial, sin perjuicio de la solución que aporte la intervención unificadora que pueda tener en el futuro el Tribunal Supremo, pone de relieve la necesidad de una respuesta legislativa, es decir, una modificación urgente del [artículo 51.1 del ET](#) en el sentido establecido por el Tribunal Europeo respecto a la unidad referencial de cómputo debatida con el objeto de dar cumplimiento a requerimientos básicos de seguridad jurídica para trabajadores y empresas²².

3.3. OTROS PROBLEMAS INTERPRETATIVOS Y APLICATIVOS RESPECTO AL UMBRAL NUMÉRICO. LOS CONCEPTOS DE «PLANTILLA HABITUAL» Y DE «EXTINCCIONES ASIMILABLES» EN LA SENTENCIA PUJANTE RIVERA

Sin perjuicio del hondo calado de la [sentencia Rabal Cañas](#) y de sus repercusiones, recién comentadas, en la doctrina judicial, el precepto estatutario continúa planteando problemas hermenéuticos y aplicativos de evidente trascendencia práctica, relativos principalmente a los conceptos comunitarios de «plantilla habitual» y «extinciones asimiladas».

Teniendo en cuenta que la [sentencia Rabal Cañas](#) se había pronunciado expresamente excluyendo las extinciones de contratos de duración determinada «regulares», es decir, no fraudulentos, del cómputo de los despidos [art. 1.2 a) [Directiva](#) y [penúltimo párrafo art. 51.1 ET](#)], se planteaba la duda de si dichas contrataciones temporales deberían contabilizarse o no a efectos

²¹ Vid. comentario de esta sentencia de MOLINA NAVARRETE, C.: «¿Cuál es el ámbito de cómputo del despido colectivo. Una lectura "pro comunitate" a favor de la empresa (*favor bussines*)», *RTSS.CEF*, núm. 398, mayo 2016, en el que comparte su argumentación y en contra de la fundamentación jurídica de la SJS núm. 33 de Barcelona (caso *Rabal Cañas*) y de la STSJ del País Vasco de 21 de mayo de 2015.

²² En este sentido, MONEREO PÉREZ, J. L.: «El despido colectivo en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y su incidencia en el Derecho interno», *Temas Laborales*, núm. 130/2015, pág. 334 y MOLINA NAVARRETE, C., *op. cit.*, pág. 143.

del cálculo de la plantilla global de la «empresa» o, en su caso, del «centro de trabajo», a la que referenciar los despidos a efectos de su consideración como colectivos. La cuestión no es baladí, ya que de ser la respuesta positiva se endurece el requisito cuantitativo para la aplicación del régimen protector del despido colectivo, al ser mayor el número de trabajadores afectados exigible para el cumplimiento de los porcentajes aplicables al conjunto de la plantilla. Visto así, la solución más congruente con la exclusión de las extinciones de contratos temporales en el cómputo de los despidos sería que dichos trabajadores temporales tampoco fueran contabilizados a efectos de la «plantilla global» de la empresa o centro de trabajo.

En segundo término, en orden a las denominadas «extinciones asimilables» (ex art. 1.1. último párrafo [Directiva](#)), se plantea otro punto crítico. El tenor literal del precepto suscita la duda de si el umbral mínimo de cinco que establece hay que entenderlo referido a los «despidos» proyectados o producidos previamente por el empresario según el artículo 1.1 a) de la [Directiva](#) o, por el contrario, al número mínimo de «extinciones asimilables», tal como dispone expresamente el [artículo 51.1, penúltimo párrafo del ET](#).

Por último, en lo concerniente a la delimitación del concepto de «extinciones asimilables», resulta igualmente interesante dilucidar si este comprende los supuestos de extinciones contractuales inducidas por modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo implementadas por el empresario ex [artículo 41 del ET](#). En este contexto, además, son dos las variables a explorar: una, las extinciones por decisión del trabajador afectado ante el perjuicio causado por la novación contractual ex [artículo 41.3 del ET](#); y dos, las extinciones inducidas por modificaciones que menoscaban la dignidad del trabajador afectado, subsumibles en el [artículo 50 del ET](#). En ambos casos las extinciones contractuales se producen a iniciativa del trabajador, pero resulta cuestionable que puedan entenderse como «voluntarias», calificación que desde luego habría que descartar en el segundo caso: los denominados «despidos indirectos» o «dimisiones provocadas» imputables al empleador responsable de la medida modificativa gravemente lesiva²³.

Esas tres dudas interpretativas suscitaron una nueva cuestión prejudicial ([asunto C-422/14, Pujante Rivera](#)) dirigida al TJUE por el mismo juzgador del asunto Rabal Cañas²⁴. Antes de que se pronunciara el TJUE, el Informe elaborado por la Abogada General ya era merecedor de atención y comentario por mostrarse en buena parte anticipatorio de lo que serían poco después los argumentos del Tribunal de Luxemburgo en la [Sentencia de 11 noviembre 2015 \(asunto C-422/14, Pujante Rivera\)](#).

Respecto a la primera cuestión prejudicial, en contra de las consideraciones del magistrado remitente de la cuestión prejudicial, la Abogada General afirmó que el concepto de trabajador a efectos de la [Directiva 98/59/CE](#) debe interpretarse en sentido amplio y conforme a criterios ob-

²³ Sobre la naturaleza jurídica de las «dimisiones provocadas» obedientes a modificaciones sustanciales «cualificadamente lesivas», *vid.* ampliamente GONZÁLEZ DE PATTO, R. M.: *La dimisión provocada. Configuración y régimen jurídico del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores*, Granada: Comares, 2009, págs. 87-157.

²⁴ Auto del Juzgado de lo Social núm. 33 de Barcelona de 1 de septiembre de 2014.

jetivos relativos a su característica esencial: ser sujeto de una relación laboral remunerada por cuenta y dependencia ajenas, presupuestos que concurren igualmente en los trabajadores con relaciones laborales temporales. Por ello, para la Abogada General «del concepto de trabajador a efectos del artículo 1, apartado 1, letra a), inciso i), de la [Directiva 98/59/CE](#) se desprende que, al determinar el número de trabajadores *ocupados habitualmente* en un centro de trabajo, también debe incluirse a las personas con relaciones laborales temporales», tal como viene entendiendo la jurisprudencia comunitaria existente al respecto²⁵. A mayor abundamiento, se invoca el *iter* de elaboración de la primigenia [Directiva 75/129/CEE](#) sobre despido colectivo, en el que, a propuesta del CES, se consideró oportuno que el umbral del despido colectivo fuese fruto de la combinación del número de despidos proyectados y el volumen de plantilla del centro de trabajo, al menos en lo referente al inciso i) del art. 1.1 a) de la [Directiva 98/59/CE](#).

Ahora bien, la Abogada General advierte que la norma combina el número de despidos con el número de trabajadores «habitualmente» empleados en el centro de trabajo. Por ello, matiza que «la determinación del número de empleados de un centro de trabajo no puede hacerse depender de un día de referencia ni de un promedio. La expresión habitualmente sugiere, por el contrario, que ha de computarse el número de empleados durante el funcionamiento ordinario de la empresa. Esto puede dar lugar, por ejemplo, a que, para atender los incrementos de trabajo en los momentos de mayor demanda, algunos trabajadores eventuales queden fuera del cómputo, pues no son trabajadores habitualmente empleados en el centro de trabajo».

En cuanto a la segunda cuestión prejudicial, el Informe considera que la equívoca referencia al número mínimo de «despidos» (5) que deben producirse para que opere la regla de las «extinciones asimilables», debe resolverse en el sentido de que dicho límite va referido a los despidos proyectados por la empresa (*verdaderos despidos*), siempre que, en tal caso, vayan acompañados de al menos otras cinco extinciones asimiladas. Con base en ello, rechaza la argumentación del Gobierno español de que la normativa española se adecua a la Directiva al establecer este mínimo respecto de las extinciones asimilables. En efecto, España indica a este respecto que conforme al Derecho nacional se incluyen en ese concepto (extinciones asimiladas) numerosas formas de extinción y que, por ello, la exigencia es fácil de cumplir, cuando, bien al contrario, los hechos del procedimiento principal demuestran precisamente lo contrario.

Por último, en lo referente a la tercera cuestión prejudicial, aunque el juez español promotor se limitaba a solicitar que se determinase si una extinción de contrato en las circunstancias del [artículo 41 del ET](#) en relación con el [artículo 50 del ET](#) puede ser calificada de extinción asimilada, la Abogada General ha considerado necesario ir más allá y examinar previamente si una modificación sustancial de las condiciones de trabajo debiera considerarse directamente un despido a efectos de lo dispuesto en la [Directiva 98/59/CE](#), ya que solo así puede darse, a su juicio, una respuesta útil al tribunal remitente. En efecto, la cuestión de si se trata de un «despido» o únicamente de una «extinción de contrato asimilada» tiene importantes efectos prácticos, ya que

²⁵ [Sentencia Confédération générale du travail y otros](#) [asunto C-385/05, apdo. 49].

la protección de la [Directiva 98/59/CE](#) se aplica exclusivamente a los despidos, mientras que las extinciones de contrato asimiladas solo se tienen en cuenta para el cálculo del umbral sin que los trabajadores afectados por ellas puedan beneficiarse, sin embargo, de dicha protección.

En este sentido, señala que, conforme con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el concepto de despido a efectos de la [Directiva 98/59/CE](#) engloba cualquier extinción del contrato de trabajo no deseada por el trabajador y, en consecuencia, operada sin su consentimiento, es decir, al margen de su voluntad. Conforme al criterio comunitario, nuestro Tribunal Supremo ha forjado una consolidada jurisprudencia sobre la extensión del concepto de «extinciones asimiladas», considerando como tales, además de las ya señaladas extinciones *ante tempus* de contratos temporales o de las deducidas de contratos temporales fraudulentos, los despidos disciplinarios declarados improcedentes por acuerdo entre las partes o por resolución judicial, así como los despidos objetivos declarados judicialmente improcedentes, amén de aquellos en los que se firmaron finiquitos aceptando el efecto extintivo mediante acuerdos también de naturaleza transaccional. Para el Tribunal Supremo, la transacción judicial o extrajudicial que concurre en estos supuestos extintivos no los convierte en voluntarios o dimisiones, sino que, bien al contrario, «siguen siendo despidos, es decir, extinciones adoptadas "a iniciativa del empresario" y que se producen además "por motivos no inherentes a la persona del trabajador", pues no deriva de la persona del trabajador un despido para el que se alega una causa objetiva vinculada al interés empresarial, ni puede imputarse a la conducta personal del trabajador un despido disciplinario que se reconoce como improcedente. La transacción no altera la naturaleza del acto del despido, pues solo actúa poniendo fin al pleito provocado por esa decisión empresarial»²⁶.

Volviendo a las extinciones deducidas de modificaciones sustanciales, la Abogada General recuerda que, conforme al Derecho del Trabajo español, el empresario, con arreglo al [artículo 41 del ET](#), puede llevar a cabo unilateralmente determinadas modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo de sus empleados, cuando existen razones objetivas que lo justifiquen, sin perjuicio de que, de resultar perjudicado, el trabajador tenga el derecho a rescindir el contrato (derecho de renuncia) y a percibir una indemnización. De este modo, aprecia que en este supuesto estamos ante una extinción formalmente voluntaria, caso bien distinto de aquellos en los que un trabajador que, sin acto alguno o consentimiento por su parte, se ve sometido a un notable empeoramiento de sus condiciones de trabajo que afecta a los elementos esenciales de su contrato de trabajo –habida cuenta de los deberes de información y consulta del empresario establecidos en la [Directiva 98/59/CE](#)–, supuesto en el que no debe ser menos digno de protección que un trabajador despedido.

En consecuencia, según la Abogada General, si un empresario introduce unilateralmente una modificación de las condiciones de trabajo no basada en motivos inherentes a la persona del trabajador, que ocasiona un empeoramiento notable de la situación de dicho trabajador y que afecta a elementos esenciales del contrato de trabajo, esta actuación implicaría un despido a efectos del artículo 1, apartado 1, letra a), de la [Directiva 98/59/CE](#). Se trataría de un despido indirecto,

²⁶ SSTs de 25 de noviembre de 2013 (RCUD 52/2013); 26 de noviembre de 2013 (RCUD 334/2013) y 18 de noviembre de 2014 (rec. núm. 65/2014).

respecto al cual debe garantizarse la misma protección del trabajador con arreglo a la [Directiva 98/59/CE](#) que en el caso de un despido comunicado de forma expresa por parte del empresario. La Abogada General considera que en el caso de que el Tribunal de Justicia, en relación con esta tercera cuestión prejudicial, rechazara la existencia de un despido (indirecto), procedería observar que, en cualquier caso, debería considerarse, subsidiariamente, como una extinción de la relación laboral asimilada al despido a efectos de lo establecido en el artículo 1, apartado 1, último párrafo, de la [Directiva 98/59/CE](#).

Así las cosas, ¿cuál ha sido la respuesta dada a todos estos interrogantes por el TJUE en la [sentencia Pujante Rivera](#)?

En lo que respecta a la primera cuestión, el TJUE es tajante: «El artículo 1, apartado 1, párrafo primero, letra a), de la Directiva 98/59/CE [...] debe interpretarse en el sentido de que los trabajadores con un contrato celebrado por una duración o para una tarea determinadas deben considerarse incluidos entre los trabajadores "habitualmente" empleados, en el sentido de este precepto, en el centro de trabajo de que se trate».

La solución totalizadora dada por el tribunal en este punto es rechazable por varias razones. Por una parte, la contratación de trabajadores «eventuales» tiene por objeto, precisamente, el refuerzo de la plantilla *habitual* de la empresa o el centro de trabajo en periodos punta de producción, por lo que difícilmente podrían ser considerados empleados «habituales» del centro de trabajo y, en consecuencia, tendrían que excluirse del cómputo, tal y como apuntaba la Abogada General en su Informe (apdo. 36). Por otra parte, el argumento en el que fundamenta su criterio el TJUE (apdo. 35) resulta poco sólido: aduce que la exclusión del cómputo de los trabajadores temporales en la determinación de la plantilla podría ir en detrimento de la protección que la Directiva procura al conjunto de los trabajadores del centro de trabajo, cuando esto no es así en todos los casos, sino básicamente a efectos del cumplimiento del umbral mínimo de 10 trabajadores en empresas o centros de trabajo con menos de 100 [*ex art. 51.1 a) ET*] o de 20 trabajadores (*ex art. 1.1 Directiva*). Aparte de este concreto supuesto, la exclusión de los temporales como trabajadores «habitualmente empleados» supondría, estadísticamente, la ampliación del ámbito de tutela del despido colectivo al reducirse la plantilla base de cálculo de los porcentajes de afectados, por lo que la solución contraria adoptada a este respecto por el TJUE conlleva una restricción del ámbito de aplicación de la Directiva y, con ello, de aplicación del régimen de tutela del despido colectivo, desvirtuando así uno de los objetivos de la norma comunitaria.

Esta es, por otra parte, la solución deducida del tenor literal del [artículo 51.1 del ET](#) y su Reglamento de desarrollo ([RD 1483/2012, de 29 de octubre](#)): en el primer caso, el precepto se refiere sin matización alguna a «trabajadores» de la empresa, mientras que el artículo 1.1 del [Real Decreto 1483/2012](#) contempla en forma expresa que «a efectos del cómputo de la plantilla de la empresa, se incluirá la totalidad de los trabajadores que presten servicios en la misma (...) cualquiera que sea la modalidad contractual utilizada». Como argumento de refuerzo, conviene recordar que la jurisprudencia comunitaria ([STJCEE de 10 de marzo de 2007 –asunto C-385/05, CGT–](#)) ya tenía establecido que es contrario a las Directivas [2002/14/CE](#) y [98/59/CE](#) cualquier exclusión, aunque sea temporal, de una determinada categoría de trabajadores del cálculo del nú-

mero de trabajadores empleados. Conforme a lo anterior, habrá que entender computables a efectos del cálculo de la plantilla todos los trabajadores con vínculo laboral, incluidos, además de los temporales (como precisa la [sentencia Pujante Rivera](#)), los fijos discontinuos, el personal de alta dirección y los intermediarios mercantiles que no asumen el riesgo de las operaciones realizadas, pese a las reservas que estas categorías pudieran suscitar²⁷.

En cuanto a la segunda pregunta formulada, la respuesta del TJUE coincide con las conclusiones de la Abogada General: «Para acreditar la existencia de un "despido colectivo", en el sentido del artículo 1, apartado 1, párrafo primero, letra a), de la Directiva 98/59/CE, que determina la aplicación de dicha Directiva, la condición establecida en el párrafo segundo de ese precepto según la cual es preciso que "los despidos sean al menos 5" debe ser interpretada en el sentido de que se refiere, no a las extinciones de contrato de trabajo asimiladas a un despido, sino exclusivamente a los despidos en sentido estricto».

Con ello, el tribunal pone de manifiesto la inadecuación de la norma española ([art. 51.1, penúltimo párrafo, ET](#)) a la [Directiva](#), al condicionar el cómputo de las extinciones asimilables a que «*su número sea, al menos, de cinco*», lo que implica una exigencia añadida no prevista en la norma comunitaria y, por tanto, una restricción del ámbito de tutela del despido colectivo contrario a esta última. Esta interpretación corrige, además, el criterio de la Sala Social de nuestro Tribunal Supremo, seguido mayoritariamente por la doctrina judicial, que ha validado la adecuación comunitaria de esta exigencia estatutaria²⁸, si bien con algunas opiniones discrepantes en la doctrina científica y en la judicial. En esta última sede, existe un cuerpo de sentencias en las que, en supuestos excepcionales y con la finalidad de evitar un fraude de ley, la restricción establecida en el artículo 51 respecto al número mínimo de extinciones asimilables es objeto de una interpretación flexible a la luz de la normativa comunitaria²⁹.

Habida cuenta de la disparidad existente y el pronunciamiento del TJUE acerca de la no adecuación de nuestra norma interna a la Directiva en este punto, se impone de nuevo aquí, por imperativos de seguridad jurídica, una modificación urgente del penúltimo párrafo del [artículo 51.1 del ET](#) que elimine el límite mínimo de «extinciones asimilables» a efectos de cómputo del umbral del despido colectivo. No obstante, a la espera de la (incierto) actuación del legislador, resulta

²⁷ Vid. FALGUERA BARÓ, M.: «Criterios diferenciadores entre despidos colectivos y despidos objetivos por causas económicas, técnicas, organizativas o de la producción», *Asesoría & Empresa*, Thomson Reuters (BIB 2015\16349), con cita de la [STJUE de 13 de febrero de 2014 \(asunto C-596/12, Comisión vs. República italiana\)](#) como aval de esta solución interpretativa.

²⁸ Vid. en este sentido, las SSTs de [25 de noviembre de 2013 \(RCUD 52/2013\)](#); y [3 y 8 de julio de 2012 \(RCUD 1657/2011 y 2341/2011\)](#); SSAN de [14 de mayo de 2014, núm. 92/2014](#); [4 de septiembre de 2013, núm. 155/2013](#); y [27 de julio de 2012, núm. 92/2012](#); SSTSJ de las Islas Canarias\Las Palmas de [20 de febrero 2014, rec. núm. 1268/2013](#); y del País Vasco de [29 de abril 2014, rec. núm. 586/2014](#).

²⁹ STSJ de la [Comunidad Valenciana de 3 de diciembre de 2002 \(rec. núm. 2570/2002\)](#); STSJ de Navarra de [30 de diciembre de 1996 \(núm. 582/1996\)](#); y, en especial, la STSJ de Cataluña de [3 de abril de 2012 \(rec. núm. 7523/2011\)](#), que resulta particularmente ilustrativa a este respecto.

obligada una aplicación uniforme por nuestros jueces y tribunales del vigente precepto estatutario de acuerdo con el «principio de interpretación conforme», de modo que, en los litigios sobre despido colectivo, deberá contabilizarse, a efectos del cómputo del umbral mínimo exigible, desde la primera extinción asimilable que se produzca, sin esperar a que se alcance el número de cinco.

Por último, en relación con la tercera cuestión planteada relativa a las extinciones inducidas por modificación sustancial del contrato de trabajo, el tribunal considera que: «La Directiva 98/59/CE debe interpretarse en el sentido de que el hecho de que un empresario proceda, unilateralmente y en perjuicio del trabajador, a una modificación sustancial de elementos esenciales del contrato de trabajo por motivos no inherentes a la persona del trabajador queda comprendido en el concepto de "despido" utilizado en el artículo 1, apartado 1, párrafo primero, letra a), de dicha Directiva» (apdo. 55), lo que implica, por tanto, que deberán computarse a efectos del umbral del despido colectivo como despidos en sentido estricto («verdaderos») en lugar de como extinciones asimilables, quedando descartado así su carácter «voluntario».

La respuesta del Tribunal Europeo en este punto suscita varios problemas interpretativos con importantes repercusiones prácticas en la determinación de la existencia o no de un despido colectivo. En primer lugar, conviene resaltar la existencia de una contradicción en la argumentación jurídica de la sentencia ya que en algunos de sus apartados el tribunal identifica el despido con la propia medida modificativa empresarial, mientras que en otros apartados de la fundamentación jurídica del fallo cambia el enfoque identificando el despido no con la modificación sustancial sino con la acción «rescisoria» que eventualmente ejerce el trabajador afectado por la misma³⁰. De este modo, la sentencia se aparta finalmente del criterio más rigorista de la Abogada General, que abogaba por la identificación de la modificación misma con el despido y opta por una solución más atemperada y, en mi opinión, más coherente conceptualmente: la asimilación al despido de la extinción contractual a iniciativa del trabajador inducida por la medida novatoria prejudicial.

En segundo lugar, ateniéndonos al tenor literal de la sentencia (*rescisiones derivadas de una modificación sustancial de condiciones esenciales del contrato*), la consideración de despido no debe restringirse a las extinciones contractuales del [artículo 50.1 a\) del ET](#), esto es, a las inducidas por modificaciones sustanciales que infrinjan los requisitos del [artículo 41 del ET](#) y redunden en menoscabo de la dignidad del trabajador (modificaciones «cualificadamente lesivas»), compensadas por la indemnización del despido improcedente, que son las que, en puridad, se consideran «despidos indirectos». En ellas parecía centrarse, en efecto, la cuestión prejudicial desencade-

³⁰ Así, reza la sentencia: «Sin embargo, como revela el auto de remisión, la reducción de la remuneración fija de la trabajadora en cuestión fue impuesta unilateralmente por el empresario, por razones económicas y de producción, y, al no ser aceptada por la persona afectada, dio lugar a la rescisión del contrato de trabajo, acompañada del pago de una indemnización calculada del mismo modo que las que se aplican en caso de despido improcedente» (apdo. 52). Para seguidamente sostener: «Así pues, cualquier normativa nacional o interpretación de dicho concepto que llevase a considerar que, en una situación como la debatida en el litigio principal, la *rescisión del contrato de trabajo* no es un despido, en el sentido de la Directiva 98/59/CE, alteraría el ámbito de aplicación de dicha Directiva y la privaría así de su plena eficacia» (apdo. 54).

nante de la sentencia pero todo apunta a que esta va más allá, considerando computables como despidos «verdaderos» las extinciones a iniciativa del trabajador inducidas por modificaciones sustanciales productoras de, lo que se ha dado en denominar por nuestra doctrina, «perjuicio simple», esto es, las operadas en el marco de los artículos [41.3 del ET](#) –«si el trabajador resultase perjudicado por la modificación sustancial»–, a razón de 20 días de salario por año de antigüedad. Por analogía, habría que incluir igualmente las rescisiones reactivas a un traslado (*ex art. 40.1. párrafo tercero ET*), medida modificativa que, aunque segregada del artículo 41, doctrinalmente ha sido reconocida como «modificación sustancial» específica por concernir a un elemento tan esencial de la relación laboral como es el cambio permanente de residencia del trabajador, y a la que es inherente un perjuicio tan evidente que en este caso –a diferencia del [art. 41.3 ET](#)– no se requiere acreditación para justificar la rescisión contractual, si bien la cuantía indemnizatoria es común al supuesto anterior.

Ahora bien, conviene introducir un matiz y una salvedad a este respecto. Tanto la sentencia (apdo. 52) como las conclusiones previas de la Abogada General (apdo. 57) se refieren, en orden a su identificación a despidos, a rescisiones derivadas de modificaciones sustanciales «impuestas unilateralmente por el empresario», de lo que se infiere que las rescisiones inducidas por traslados o restantes modificaciones sustanciales *ex artículo 41 del ET* que sean fruto de pacto colectivo adoptado en el periodo de consultas-negociación previsto legalmente (de tratarse de traslado o modificación sustancial colectivos) no podrían ser computadas como despidos al no concurrir el elemento de «unilateralidad» al que se refiere el TJUE, y ello a pesar de la existencia de perjuicio para los trabajadores individuales afectados. Llegados a la conclusión de descartar del cómputo estas últimas extinciones como despidos en sentido estricto, cabe plantearse si podrían contabilizarse como extinciones asimilables. Esta posibilidad se muestra perfectamente asumible, al tratarse de extinciones por motivos no inherentes a la persona del trabajador y estar despojadas del carácter de voluntarias como las anteriores, ya que, pese a ser fruto de acuerdo colectivo, están inducidas por una modificación sustancial de iniciativa empresarial atinente a condiciones esenciales de la relación laboral de la que deriva un perjuicio para el trabajador implicado, solución interpretativa que ya cuenta con el aval de la doctrina casacional contenida en la reciente [STS de 18 de mayo de 2016 \(RCUD 2919/2014, FJ 3.º\)](#).

Pero no se cierran aquí los cauces abiertos por el TJUE para acrecentar el número de extinciones computables a efectos del cumplimiento del umbral cuantitativo del despido. En efecto, el criterio del TJUE respecto al cómputo de las rescisiones contractuales inducidas por modificaciones sustanciales implementadas unilateralmente por el empresario permite hacerlo extensible por analogía al resto de las extinciones contractuales amparadas en el [artículo 50 del ET](#), cualquiera que sea la causa justa en la que se fundamenten –impago o retrasos continuados en el pago del salario [apdo. b)] y cualquier incumplimiento grave empresarial [apdo. c)]–, ya que constituyen, asimismo, extinciones a iniciativa del trabajador inducidas por incumplimientos empresariales graves («dimisiones provocadas»), que quedan despojadas, por tanto, del carácter de voluntarias. De este modo y por las mismas razones aducidas para las resoluciones obedientes a la letra a) del precepto estatutario, deberían contabilizarse, no ya como extinciones asimilables, sino como «despidos verdaderos» a efectos del cómputo del umbral del despido colectivo.

El enfoque proporcionado por el TJUE en la [sentencia Pujante Rivera](#) permite, incluso, plantearse la hipótesis de cómputo de las «bajas incentivadas», producidas frecuentemente en el marco de las medidas acordadas en el periodo de consultas del despido colectivo, una solución interpretativa que cuenta, por lo demás, con apoyo jurisprudencial indirecto en un principio y ahora ya directo y explícito. En efecto, como se recordará, la Sala IV del Tribunal Supremo cambió la doctrina unificada existente a este respecto a lo largo de un proceso con dos etapas diferenciadas. En un primer momento, la sala se decantó por considerarlas extinciones voluntarias a efectos de los coeficientes reductores aplicables a la pensión al solicitar la jubilación anticipada (*ex disp. trans. tercera, regla 2.ª LGSS*), por entender que los ceses se pactaron entre empresa y trabajadores sin previa autorización administrativa³¹. Posteriormente, sin embargo, cambió el criterio, considerando involuntarios dichos ceses al considerarlos amparados en la autorización administrativa del despido, aun tratándose de autorización genérica e innominada, es decir, yendo referida a un determinado número de extinciones contractuales sin predeterminar a los concretos trabajadores afectados. En este contexto, el Tribunal Supremo rectifica y considera que los trabajadores que aceptaron las extinciones contractuales lo hicieron con el condicionante de la autorización administrativa del despido y la garantía de firmar contratos de prejubilación para hacer menos gravosos los ceses. Desde esta perspectiva, el que hubiera consentimiento del trabajador para la extinción no permite afirmar, según el Tribunal Supremo, «que su cese fuera voluntario o por causa imputable a la voluntad del trabajador por cuanto derivó de la existencia de una causa objetiva previa independiente de su voluntad», concluyendo así que a efectos de la aplicación de los coeficientes reductores de la pensión de jubilación estas extinciones han de calificarse como no voluntarias³², máxime teniendo en cuenta los términos en los que la *LGSS* aplicable define la libre voluntad extintiva: «Se entenderá por libre voluntad del trabajador la inequívoca manifestación de voluntad de quien, pudiendo continuar su relación laboral y no existiendo razón objetiva que lo impida, decide poner fin a la misma». Con este presupuesto, la rectificación del Tribunal Supremo resultó del todo acertada, dado que la decisión por parte de trabajadores maduros (normalmente a partir de 58 años) de adherirse voluntariamente a planes de prejubilación pactados como medidas de acompañamiento al despido colectivo, difícilmente podía equipararse a una extinción voluntaria de la relación laboral³³.

³¹ Vid. SSTS de 10 de diciembre de 2002 (RCUD 2204/2002), 17 de febrero de 2003 (RCUD 2640/2002) o [24 de junio de 2003 \(RCUD 4152/2002\)](#), y las posteriores de [30 de enero de 2006 \(RCUD 5320/2004\)](#) y [6 de febrero de 2006 \(RCUD 1111/2005\)](#), en las que se discutió esta concreta cuestión. Para un análisis crítico de este criterio, *vid.* GALA DURÁN, C.: «Comentario de la STS de 30 de enero de 2006 (Recurso núm. 5320/2004): Acuerdos de prejubilación, "involuntariedad" en el cese y determinación de los coeficientes reductores aplicables en el caso de la jubilación anticipada», *IUSLabor* 3/2006.

³² Vid. por todas, las dos primeras sentencias de Pleno de [24 y 25 de octubre de 2006 \(RCUD 4453/2004 y 2318/2005\)](#), respectivamente, seguidas por otras muchas en el mismo sentido. Entre las más recientes, SSTS de [7 de febrero de 2008 \(RCUD 4237/2006\)](#) y [14 de abril de 2010 \(RCUD 790/2009\)](#). Para un análisis detallado de la evolución jurisprudencial a este respecto, *vid.* ALZAGA RUIZ, I.: «La jubilación anticipada: Reflexiones a la luz de la última reforma», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 79, 2009.

³³ Vid. GALA DURÁN, C.: «Comentario de la STS de 30 de enero de 2006...», *op. cit.*

Pues bien, esta doctrina jurisprudencial mantiene plenamente su vigencia con el nuevo régimen procedimental del despido colectivo fruto de la reforma laboral de 2012; es más, cobra mayor sentido, si cabe, en el marco de una medida extintiva que, ahora, suprimida la autorización administrativa, se aplica a iniciativa y de forma unilateral por parte del empleador. De este modo, las extinciones contractuales afectantes a los trabajadores que se acojan a un eventual plan de prejubilaciones consensuado en la fase de consultas del despido colectivo «desadministrativizado» del nuevo [artículo 51 del ET](#), como medida alternativa a su inclusión en el despido, deberían contabilizarse, en mi opinión, como extinciones asimilables a efectos del cumplimiento del umbral cuantitativo exigido por el precepto estatutario, al responder, como dijera el Tribunal Supremo, a la «aceptación de ventajas pactadas colectivamente respecto de una decisión extintiva acordada unilateralmente por el empresario, en el marco de un expediente de regulación de empleo». Así lo ha confirmado específicamente el Tribunal Supremo en la ya citada [Sentencia de 18 de mayo de 2016 \(RCUD 2919/2014\)](#), respecto a las rescisiones contractuales producidas en el marco del plan de bajas incentivadas negociadas en el periodo de consultas de un ERE como alternativa a traslados, aplicando la doctrina contenida en la [STJUE de 11 de noviembre de 2015](#). Aunque el objeto de la litis no es aquí el cómputo de dichas rescisiones contractuales como despidos o como extinciones asimilables a efectos de la existencia de despido colectivo —sino su incidencia en la percepción de las prestaciones contributivas de desempleo de los afectados—³⁴, la Sala IV se pronuncia explícitamente, recepcionando la doctrina de la STJUE Pujante Rivera, considerando computables, a efectos de despido colectivo, las operadas como consecuencia de una previa modificación sustancial en la condición de causas de extinción «no inherentes a la persona del trabajador» (apartados 3 y 4 FJ 3.º, [STS de 18 de mayo de 2016](#)).

4. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA CONFIGURACIÓN CAUSAL DEL DESPIDO COLECTIVO ESTATUTARIO A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA

Para terminar, unas breves consideraciones sobre la configuración causal del despido colectivo *ex artículo 51.1 del ET* al hilo de la primera cuestión prejudicial planteada por el juez español en el [asunto Rabal Cañas](#), que como se recordará, dicho resumidamente, solicitaba al TJUE su interpretación acerca de si una norma nacional de transposición, como la española, se muestra conforme con la [Directiva](#) al restringir la protección dispensada por esta a los trabajadores objeto de despido colectivo solo en aquellos supuestos en los que las extinciones respondan a causas «económicas, técnicas, organizativas o productivas». En este sentido, recordar que el Tribunal Supremo ha confirmado el modelo eminentemente causal del despido colectivo estatutario en su jurisprudencia interpretativa del artículo 51.1 del ET³⁵, precisando, incluso, que «nuestra norma

³⁴ El descuento o no del periodo de desempleo por suspensión contractual previo a la rescisión contractual, del máximo legal de desempleo reconocido *ex artículo 3 de la Ley 27/2009 de 30 de diciembre, de medidas urgentes para el mantenimiento y el fomento del empleo y la protección de las personas desempleadas*.

³⁵ SSTS de [22 de febrero de 2008 \(RCUD 3315/2006\)](#) y [30 de septiembre de 2008 \(RCUD 4050/2006\)](#).

nacional [...] establece una regulación procedimental más favorable para los trabajadores, [...] exigiendo a la empresa la justificación de la causa extintiva y la necesidad de la previa autorización administrativa (previamente a la reforma de 2012) para proceder al despido colectivo (requisitos estos que no establece la norma comunitaria)»³⁶.

El TJUE elude pronunciarse a este respecto en la Sentencia de 13 de mayo 2015, con la excusa de la no aplicabilidad al litigio principal de la [Directiva 98/59/CE](#), argumento que, contraria y contradictoriamente, no le ha impedido pronunciarse sobre las tres restantes cuestiones prejudiciales formuladas. No obstante, la jurisprudencia comunitaria ya se había pronunciado a este respecto en unas circunstancias equiparables a las planteadas en el asunto *Rabal Cañas*, en concreto, en relación con la normativa interna de Portugal sobre despido colectivo, que establece un modelo «causal» prácticamente idéntico al estatutario español³⁷.

Debe traerse a colación aquí, en efecto, la conocida [STJUE de 12 de octubre de 2004 \(asunto C-55/02, Comisión de las Comunidades Europeas contra República Portuguesa\)](#). En este caso el debate se produce por haber limitado la normativa portuguesa el concepto de despido colectivo a los despidos por motivos de índole «estructural, tecnológica o coyuntural» y al no haber extendido dicho concepto a los despidos por todas las razones no inherentes a la persona de los trabajadores, como prevé la Directiva. La Comisión Europea consideró que este concepto no incluye todos los casos de despidos colectivos a los que se refiere la norma comunitaria, de lo que colige que el Derecho portugués tiene un ámbito de aplicación más restringido que esta, y señala que este concepto no incluye, por ejemplo, los despidos llevados a cabo por un empresario por motivos no inherentes a la persona de los trabajadores en caso de declaración de quiebra, de procedimientos de liquidación análogos al de la quiebra, de expropiación, de incendio u otros casos de fuerza mayor, así como en caso de cese de la actividad de una empresa a raíz del fallecimiento del empresario. En la sentencia el Tribunal Europeo reitera su doctrina sobre el concepto comunitario de despido recordando que este debe interpretarse en el sentido de que engloba cualquier extinción del contrato del trabajo no pretendida por el trabajador y, en consecuencia, sin su consentimiento, lo cual no implica, sin embargo, que la integración del concepto exija que las causas subyacentes a la extinción correspondan a la voluntad del empresario (por eso también se aplica cuando el despido responde a una decisión judicial). En consecuencia, el Tribunal Europeo se pronunció en el sentido de que la República Portuguesa no había adaptado correctamente su Derecho interno a la normativa comunitaria de referencia, por utilizar un concepto más restrictivo que limita los despidos colectivos solo a los motivados por causas de índole estructural, tecnológica o coyuntural, no incluyendo todas las razones no inherentes a los trabajadores.

³⁶ [STS de 18 de marzo de 2009 \(RCUD 1878/2008\)](#).

³⁷ El ordenamiento portugués trasupo la directiva sobre despidos colectivos [98/59/CE](#) mediante el Decreto-Ley núm. 64-A/89, de 27 de febrero, relativo al régimen jurídico de la extinción de los contratos individuales de trabajo y de la celebración y expiración de los contratos de trabajo temporales (LECT), que fue modificada por la Ley núm. 32/99 en cuanto a los despidos colectivos.

En tanto no recaiga una resolución del TJUE pronunciándose específicamente sobre requerimiento causal del modelo español, habrá que estar a la vigente jurisprudencia unificadora interpretativa del mismo. No obstante, conviene señalar que el criterio restrictivo mantenido hasta ahora a este respecto parece haberse relajado, hasta el punto de que se ha hablado, incluso, de una revisión atemperadora de dicho requisito a propósito de la doctrina del denominado despido colectivo «de hecho»³⁸. En este sentido la Sala IV ([STS de 25 de noviembre de 2013](#)) ha reconocido que, «si bien el art. 51 del ET parece vinculado a un elemento causal [...] lo cierto es que en la configuración final de esta modalidad extintiva resulta determinante el elemento cuantitativo»³⁹.

En todo caso, el elemento causal inherente al modelo español de despido suscita una duda hermenéutica y aplicativa más, que conecta esta exigencia con el nuevo parámetro de cálculo de las extinciones que impone la jurisprudencia comunitaria. En efecto, si el criterio prevalente para el cómputo de los trabajadores afectados resulta ser el «centro de trabajo» en lugar de la «empresa», ¿habría que replantearse entonces la doctrina unificada del Tribunal Supremo sobre el centro de imputación de las causas justificativas del despido colectivo?

Como se sabe, la doctrina casacional existente al respecto mantiene que las causas económicas deben referenciarse al conjunto de la empresa⁴⁰, mientras que el ámbito de afectación de las causas técnicas, productivas y organizativas lo será el centro de trabajo⁴¹. Desde esta perspectiva, en los supuestos en que la unidad de empleo referencial para el cómputo pueda serlo el «centro de trabajo», por resultar más favorable para los trabajadores, ¿habría que tomarla también como centro de imputación de las causas justificativas alegadas por el empleador? No parece que se imponga un cambio de doctrina en ese sentido bajo el influjo de la nueva jurisprudencia comunitaria, bien al contrario existen sólidos argumentos en sentido contrario, esto es, para seguir defendiendo que la constatación de la existencia de la causa económica y la adecuación de los despidos inducidos por la misma deben valorarse en referencia al conjunto de la empresa y no solo del centro o centros de trabajo a los que estén adscritos los trabajadores afectados, máxime teniendo en cuenta que la Sala IV no solo lo mantiene sino que lo traslada a los supuestos de grupos de empresa a efectos laborales o patológicos. En efecto, el Tribunal Supremo, acogiendo una interpretación evolutiva atenta a las emergentes realidades empresariales, apuesta por el criterio de que la constatación de la situación económica negativa justificativa del despido colectivo se referencie al conjunto de las empresas del grupo en lugar de a la/s empresa/s o centro/s implicados, consciente de que el nivel real de decisión sobre las reestructuraciones empresariales no está en las unidades locales sino en las unidades globales de empleo⁴².

³⁸ Vid. GARCÍA PAREDES, M. L.: «Despido colectivo: Despido colectivo de facto (1)», *La Ley*, abril 2014 (La Ley 1457/2014).

³⁹ [STS de 25 de noviembre de 2013 \(RCUD 52/2013\)](#), que apunta a esta revisión jurisprudencial, con referencia a las precedentes sentencias de [3 de julio \(RCUD 1657/2011\)](#) y [8 de julio de 2012 \(RCUD 2341/2011\)](#).

⁴⁰ [STS de 14 de mayo de 1998 \(RCUD 3539/1997\)](#).

⁴¹ Por todas, SSTS de [13 de febrero de 2002 \(RCUD 1436/2001\)](#), de [19 de marzo de 2002 \(RCUD 1979/2001\)](#) y de [21 de julio de 2003 \(RCUD 4454/2002\)](#).

⁴² [STS de 25 de junio de 2014 \(rec. núm. 165/2013\)](#), confirmando la [SAN \(Social\) de 18 de diciembre de 2012](#).

Bibliografía

- ALZAGA RUIZ, I. [2009]: «La jubilación anticipada: Reflexiones a la luz de la última reforma», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 79.
- CASAS BAAMONDE, M.^a E. [1996]: «Los despidos económicos en el marco de la reforma legislativa laboral y de la normativa de la Unión Europea», en *Los despidos por causas técnicas, organizativas y productivas*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid: CGPJ.
- CASTRO ARGÜELLES, M. A. [2015]: «Los conceptos de "centro de trabajo" y "despido colectivo" en el "Derecho de la Unión", a propósito de la Directiva 98/59/CE», *La Ley Unión Europea*, núm. 29, año III, 30 de septiembre, La Ley.
- DESDENTADO BONETE, A. [2011]: «Los despidos económicos en España: El sistema, su crisis y los límites de la reforma», en S. Bentolila Chocrón y A. Desdentado Bonete (dirs.), *Despido y crisis económica*, Valladolid: Lex Nova.
- [2010]: «Crisis y reforma del despido: Puntos críticos seguidos de algunas propuestas», *Actualidad Laboral*, núm. 11, junio, La Ley.
- FALGUERA BARÓ, M.: «Criterios diferenciadores entre despidos colectivos y despidos objetivos por causas económicas, técnicas, organizativas o de la producción», *Asesoría & Empresa*, Thomson Reuters (BIB 2015\16349).
- GALA DURÁN, C. [2006]: «Comentario de la STS de 30 de enero de 2006 (Recurso núm. 5320/2004): Acuerdos de prejubilación, "involuntariedad" en el cese y determinación de los coeficientes reductores aplicables en el caso de la jubilación anticipada», *IUSLabor*, 3/2006.
- GARCÍA PAREDES, M. L. [2014]: «Despido colectivo: Despido colectivo de facto (1)», *La Ley*, abril (La Ley 1457/2014).
- GONZÁLEZ DE PATTO, R. M. [2009]: *La dimisión provocada. Configuración y régimen jurídico del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores*, Granada: Comares.
- MARTÍNEZ EMPERADOR, R. [1995]: «Despido objetivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción», en AA. VV., De la Villa Gil (coord.), *Reforma de la legislación laboral. Estudios dedicados al Profesor Manuel Alonso García*, Madrid, 1995.
- MARTÍNEZ MORENO, C. [2005]: «Cap. V. Vicisitudes y crisis empresariales», en J. García Murcia (dir.), *La transposición del Derecho social comunitario al ordenamiento español*, Madrid: MTAS.
- MOLINA NAVARRETE, C. [2016]: *La reforma laboral a juicio de los Tribunales*, Madrid: La Ley.
- [2016]: «¿Cuál es el ámbito de cómputo del despido colectivo. Una lectura "pro comunitate" a favor de la empresa (favor bussines)», *RTSS.CEF*, núm. 398, mayo.
- MONEREO PÉREZ, J. L. [2015]: «El despido colectivo en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y su incidencia en el derecho interno», *Temas Laborales*, núm. 130.

MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. [1997]: *El despido colectivo en el Derecho Español*, Pamplona: Aranzadi.

MONTALVO CORREA, J.: «Delimitación jurídica del supuesto del despido colectivo», en AA. VV., *Reforma de la legislación laboral. Estudios dedicados al Profesor Manuel Alonso García*.

MONTOYA MELGAR, A. [1994]: *Derecho del Trabajo*, 15.ª ed., Madrid.

PRADOS DE REYES, F. J. [1994]: «Despidos colectivos», en AA. VV. (M. R. Alarcón Caracuel, coord.), *La Reforma laboral de 1994*, Madrid.

ROJO TORRECILLA, E.: «Despidos colectivos. Dos nuevas sentencias del TJUE sobre el concepto de centro de trabajo y el método de cálculo del número de trabajadores despedidos. Notas a las sentencias de 13 de mayo, con especial atención al asunto C-392/13 y su posible impacto sobre la legislación y jurisprudencia española», Blog de Eduardo Rojo, www.eduardorjotorrecilla.es.

USHAKOVA, T. [2014]: «El despido colectivo en el Derecho de la Unión Europea», *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 162, marzo.

VALDÉS DAL-RÉ, F. [2016]: *El Constitucionalismo europeo y la protección multinivel de los derechos fundamentales laborales: luces y sombras*, Albacete: Bomarzo.

- [1998]: «Los tribunales laborales en España y el Derecho social comunitario: Un diálogo emergente», *Actualidad Laboral*, tomo 3, La Ley, pág. 813.
- [1994]: «Los despidos por causa económica», en AA. VV., *La Reforma del mercado laboral*, Valladolid: Lex Nova.