

¿CUÁL ES EL ÁMBITO DE CÓMPUTO DEL DESPIDO COLECTIVO? UNA LECTURA *PRO COMUNITATE* A FAVOR DE LA EMPRESA (*FAVOR BUSINESS*)

Comentario de la **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 22 de febrero de 2016, rec. núm. 5499/2015**

Cristóbal Molina Navarrete

Catedrático. Universidad de Jaén

El sentimiento del Derecho es lo que la raíz en el árbol: si ... se daña ... el árbol será raquítico, sus frutos ilusorios ...; mas lo que se ve es la copa y el tronco, mientras que la raíz se esconde a las miradas del observador frívolo bajo tierra; y ahí, adonde muchos políticos no creen digno descender, es donde obra la influencia destructora de las leyes viciadas e injustas y donde las malas añejas instituciones de Derecho ejercen influencia sobre la fuerza moral del pueblo. Los que se contentan con considerar las cosas superficialmente y no quieren ver más que la belleza de la cima, no pueden tener la menor idea del veneno que desde la raíz sube a la copa.

Rudolf von Ihering

La lucha por el Derecho

1. EL CONTRADICTORIO MARCO LEGAL: UN ESCENARIO DE RELATIVA DISPARIDAD DE VOLUNTADES REGULADORAS A RECONCILIAR ¿LEGAL O JURISPRUDENCIALMENTE?

En el plano teórico, hasta el más novel de los estudiantes de Derecho sabe, o debería, que el Derecho comunitario no solo tiene una eficacia directa en el Derecho interno, sino que ocupa una posición prevalente, hasta el punto de provocar una auténtica conmoción en todo el sistema de fuentes. En la práctica, sin embargo, ese dato cuesta bastante más asimilarlo por el conjunto de los operadores jurídicos, comenzando por quienes redactan y presentan las demandas y terminando por quienes tienen que ofrecer una solución que ponga fin, al menos inicialmente, al conflicto suscitado. Recientemente hemos conocido, respecto del cómputo de las extinciones de contratos

que han de contar para conformar un despido colectivo *ex artículo 51 del ET*, dos decisiones del TJUE –SSTJUE de [13 de mayo de 2015, C-392/13, caso Rabal Cañas](#), y de [11 de noviembre de 2015, C-422/14, caso Pujante Rivera](#), que han revolucionado –o deberían– las respuestas, legales y jurisprudenciales, dadas al respecto hasta el momento.

De ambos pronunciamientos se ha dado cumplida cuenta en números precedentes de esta Revista. Como también se glosó, con apuntes críticos, el primer pronunciamiento judicial interno que llevó a la práctica el mandato de reinterpretación del [artículo 51 del ET](#) «conforme» a la [Directiva 98/59/CE](#), a fin de corregir y/o integrar en la ley nacional la decisión de la ley comunitaria de solo tomar como unidad organizativa de referencia para el cómputo el centro de trabajo –la unidad local de empleo– y no, como hace la norma nacional, la empresa –la unidad global de empleo– ([STSJPV 972/2015, 21 de mayo, caso Zardoya Otis](#)). Ciertamente, sí conviene recordar que la solución legal nacional –la empresa como unidad de cómputo– en absoluto trae causa del desconocimiento de la solución comunitaria, sino del uso de la habilitación del artículo 5 de la [directiva](#) para fijar un régimen «más favorable». Precisamente, este argumento fue el utilizado por la jurisprudencia social nacional para legitimar la solución legal española en detrimento de la literal comunitaria ([STS 18 de marzo de 2009, RCU 1878/2008](#)), que se ha mantenido inalterada hasta hoy.

Pero ya no lo puede estar por mucho tiempo más: o el legislador cambia la regulación vigente, parcialmente en contradicción con la comunitaria –también a otros efectos– y de muy incierta aplicación, para trabajadores y empresas, creando un nuevo Derecho Legislado; o es la jurisprudencia la que cambia su «Derecho de Precedentes», a fin de integrar la corrección realizada por la jurisprudencia comunitaria. En el fondo, este es el dilema jurídico profundo que subyace en las interpretaciones contradictorias que, cómo no, ha generado en las Salas de lo Social autonómicas la jurisprudencia comunitaria de referencia.

2. SUPUESTO DE HECHO: RELATO FÁCTICO PARA LA NORMA DE JUSTICIA DEL CASO

El caso raíz está en el despido del señor Rabal por la empresa Nexis (integrada en el Grupo Correos) junto a otros 12 trabajadores del mismo centro de trabajo en Barcelona (20 trabajadores) y por igual causa económica. A resultas de esa decisión se cerró el centro, pasando los restantes trabajadores –3– al de Madrid (164). En el periodo de 3 meses computable para los despidos colectivos, la empresa había procedido a otras extinciones individuales, en ambos centros de trabajo.

El Juzgado de lo Social n.º 33 de Barcelona, que conoció del asunto, presentó [cuestión prejudicial](#) al respecto con cuatro preguntas al TJUE, entre las que estaba determinar si debe ser el centro de trabajo la referencia o la empresa. En la citada [STJUE de 13 de mayo de 2015](#) se confirmó el desajuste de la norma nacional a la norma comunitaria, pues la referencia tan solo a la empresa como unidad de cómputo llevaría a varios supuestos concretos en los que, de su aplica-

ción, resulta una obstaculización al procedimiento de consultas de la [directiva](#) referida. Así sucede cuando, de utilizarse como unidad el centro de trabajo, los despidos considerados debían calificarse de despidos colectivos, según su artículo 1, apartado 1, párrafo primero, letra a). No obstante, el TJUE advertía expresamente al juez social que, para el caso concreto, no sería de aplicación la [directiva](#), pues el centro de trabajo de Barcelona no alcanzaría, en el periodo de referencia para el despido, *más* de 20 trabajadores –solo tenía 20–.

El juez de lo Social, haciendo caso omiso a esta advertencia del TJUE, tomó la decisión de aplicar el [artículo 51 del ET](#) –SJS de 10 de junio de 2015, Demanda 85/2015–, pues creyó adecuado una integración de ambos ordenamientos, el comunitario y el nacional. Consecuentemente, anuló el despido del señor Rabal por no seguir el procedimiento del despido colectivo. La empresa, que no consideraba aplicable esta vía, presentó el correspondiente recurso de suplicación contra la decisión de instancia social. La [STSJ de Cataluña 1169/2016](#) resuelve este recurso.

3. LA DOCTRINA DE SUPPLICACIÓN: BREVIARIO DE LAS RAZONES PARA EL FALLO

La sentencia de suplicación que analizamos estimó el recurso y, por lo tanto, declaró procedente el despido, sobre la base de la siguiente doctrina jurisdiccional:

«... cuando la sentencia de instancia ensancha el concepto de empresa a que se refiere el art. 51.1 del ET hasta abarcar otro concepto (al "centro de trabajo", en concreto) no incluido expresamente en tal norma, fundándose en el propósito del legislador de incrementar la protección de los trabajadores con arreglo al art. 5 de la Directiva... , parte de una justificación errónea al contemplar parcialmente los fines de la Directiva, obviando el de la equiparación de las cargas que tal norma de protección del trabajador supone para las empresas de la Unión» (FJ décimo, párrafo primero).

Tres son básicamente las razones en las que sostiene su diferente comprensión:

- a) *Técnico-jurídica*. No se debería confundir el «*principio de norma más favorable*» ex artículo 5 de la [directiva](#) comunitaria con la «*técnica del espiguelo normativo*» (el juez crea una regla nueva integrada con lo más favorable de una norma –nacional– y excluyendo lo desfavorable de otra –comunitaria–), que la jurisprudencia social suele proscribir.
- b) *Finalista*. La [directiva](#) no obedecería únicamente a una razón social –protección de los trabajadores frente al despido a través de una técnica de control colectivo, basada en la negociación con la representación laboral–, sino también a otra razón económica –la equiparación de las cargas para la empresa que deriva de la finalidad protectora–.

- c) *Político-jurídica*. La posible, y es probable que socialmente exigible, regulación de favor por la norma nacional respecto de la comunitaria no es competencia de los jueces, que han de interpretar las normas existentes, sino del legislador: «... además de contrariar ese propósito de homologación que busca el Derecho de la Unión, tal decisión sigue unos criterios propios de lege ferenda y supone una actuación... propia del legislador...».

4. TRASCENDENCIA DE LA DOCTRINA MÁS ALLÁ DE LA JUSTICIA DEL CASO CONCRETO Y PREVISIBILIDAD DE SU CONSOLIDACIÓN COMO CRITERIO JURISPRUDENCIAL

La relevancia extraordinaria de la doctrina que comentamos no escapa a nadie. Como ya se anticipó, con ella, la Sala de Suplicación catalana entra en frontal contradicción con la doctrina de la Sala Social vasca (STSPV 972/2015, 21 de mayo, caso *Zardoya Otis*), también *ut supra* referida, por lo que el conflicto está servido y de seguro que el Tribunal Supremo tendrá muy pronto oportunidades para mediar en esta polémica y tratar de sentar un criterio unificado, que dé la debida seguridad jurídica a empresas y trabajadores. En la actual situación nacional de mucha mayor incertidumbre política que incluso jurídico-laboral, con ser esta muy considerable, parece probable aventurar, sin ceder a la tentación de derivar el oficio de jurista en el de «profeta», un fallo del Tribunal Supremo en esta materia antes que un cambio legislativo. Pero, incluso aunque así fuese, tampoco la Sala Social del Tribunal Supremo quedaría desactivada a la hora de precisar cómo ha de entenderse el juego de integración-corrección entre la norma nacional y la directiva.

Consecuentemente, y dejando fuera, salvo lo que luego diré, la dimensión de política del derecho (la opción «de lege ferenda» referida por la sala catalana), resulta de especial interés aportar argumentos que ayuden a dilucidar cuál de las dos doctrinas en conflicto resulta más sólida en el vigente ordenamiento. A mi juicio, confesándoles mi mayor proximidad a la solución de política jurídica dada tanto por la sala vasca como por el juez catalán (plano del valor de la justicia social), es más correcta jurídicamente la posición y, por lo tanto, la crítica jurídica interna ofrecida por la sala catalana (juicio de coherencia jurídica).

Ciertamente, la doctrina de suplicación catalana reprocha al juez social incurrir en un cierto «justicialismo de ocasión», una suerte de «uso socialmente alternativo del Derecho», proscrito por escribirse con «renglones torcidos» de Derecho –como otras veces se ha criticado en esta sección, por ser un proceder jurídico extralimitado en el ejercicio de la jurisdicción–. En la decisión de instancia habría pesado más el valor de la justicia material –según el paradigma contemporáneo del juez «Robin Hood», también aquí varias veces referido– en detrimento del principio de interpretación conforme a la ley, no ya solo nacional, pues en este caso habría derivado en una lectura «contra legem», sino incluso de la comunitaria, prevalente. La sala es muy clara en su crítica: quedaría fuera «... del alcance previsto por el legislador español, quien ha pretendido redactar una norma más favorable para el trabajador, pero con la extensión que dicta la recta interpretación de

sus términos (art. 3.1 CC) y no es tal la que equipara o incluye dentro de la expresión "empresa" el concepto de "centro de trabajo"...» (FJ tercero, párrafo segundo).

Se trata de una interpretación unilateral, que favorece la posición de una parte de la relación. La doctrina de suplicación catalana tiene un sólido argumento en la propia jurisprudencia del TJUE que cita en su apoyo y que enfatiza, en relación con situaciones análogas de otros países, como Reino Unido e Irlanda, el fin de homologación de cargas empresariales sobre unas bases de mínimos, no de máximos, ni siquiera de óptimos. De ahí, que para esos otros casos, el más estricto ajuste a la norma comunitaria, sin pretensión de mejora nacional alguna, llevara a que el TJUE convalidara decisiones empresariales que, pese a afectar a varios miles de trabajadores a raíz de un mismo y único proceso de reajuste empresarial por causas empresariales, pasaron en su tramitación como puramente individuales, sin reproche alguno comunitario ([STJUE de 13 de mayo de 2015, asunto 182/13, caso Lyttle](#)). La jurisprudencia comunitaria podrá ser obsoleta en su interpretación, pero desde luego no se le puede reprochar falta de claridad político-jurídica:

«... es cierto que la interpretación según la cual esta disposición requeriría que se tomasen en consideración todos los despidos llevados a cabo en todos los centros de trabajo de una empresa aumentaría de manera considerable el número de trabajadores que podrían beneficiarse de la protección de la Directiva 98/59/CE, lo que sería conforme a uno de sus objetivos» (apdo. 42).

Pero, como expresa sin tapujos, a ese fin hay que sumarle otro, corrector, que expresa un claro favor por la moderación de las cargas empresariales y, en todo caso, la garantía, de la que el TJUE se convierte en férreo guardián, de una «protección comparable de los derechos de los trabajadores en los diferentes Estados miembros» (apdo. 43). Apenas se comparen los resultados de la jurisprudencia comunitaria para los casos inglés e irlandés más recientes, y la doctrina de la sala vasca –y del juez social catalán–, se comprobará qué distantes quedarían unas cargas –mínimas para las empresas establecidas en el mundo anglosajón– y las otras –máximas para las establecidas en España–. En consecuencia, no resulta coherente «hacer decir» a la norma legal nacional lo que no solo no dice –lectura formal–, sino lo que tampoco querría haber dicho –lectura material–, si se eliminan los equilibrios o contrapartidas que la norma de favor española introdujo para que no fuese excesiva la carga de las empresas españolas. De ahí que, a mi entender, el juego de la norma más favorable, que sin duda también vincula al juez, no solo a los poderes públicos, no debe confundirse, en efecto, con el espiguelo normativo, por lo que el juez nacional debe elegir, efectivamente, entre aplicar la normativa española, si de ella se deriva efectivamente una solución más favorable que la comunitaria, o esta, si no es así, pero entonces deberá aplicar estrictamente –superando la cuestión de la falta de una eficacia horizontal de las directivas– la normativa comunitaria.

Por tanto, la interpretación puede mucho, pero no lo puede todo. Debe ser la ley, sin que aquí quepa integración alguna por el intérprete, por más jurisprudencia de valores que se asuma, como yo asumo, para ir más allá del mínimo comunitario. Por eso, no debería demorar el legislador español –cuando lo haya, más pronto que tarde– una solución equilibrada y que, al tiempo, proporcione seguridad jurídica, a empresas y empresarios, a ambos por igual.

Precisamente, y ya situados en esa óptica de política del Derecho, no solo legal sino incluso jurisprudencial, quien debe estar llamado también a un cambio es el propio TJUE. En este punto, como en otros, no obstante esa vocación garantista, mantiene una posición más bien involutiva, por completo de espaldas a la realidad social de nuestro tiempo, en el que las decisiones propias de la reestructuración y reorganización no se toman en las unidades locales de empleo –viejo principio de proximidad–, sino más bien en las unidades globales de empleo –nuevo principio de efectividad de la tutela atendiendo al nivel real de decisión–. Por eso, quizás no esté de más recordar el nuevo debate lanzado por la Comisión Europea, quizás más como *flatus vocis*, o como intento de compensar –quien sabe si acallar– su «mala conciencia» por los devastadores efectos sociales de la gobernanza económica que ha promovido, a fin de crear un «*pilar europeo de derechos sociales social*» –análogo al «*piso social mínimo*» de la OIT–.

A tal fin, destaca el documento de la Comisión Europea publicado el día 8 de marzo de 2016 en forma de comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social, y al Comité de las Regiones, que lleva por título «*Apertura de una consulta sobre un pilar europeo de derechos sociales*», acompañada de otra serie de documentos (de interés, pero que ahora no hacen al caso). Para los más versados, o quizás más escépticos, convendría recordar que la última vez que la comisión promovió un debate análogo fue con ocasión del «Libro verde para la Modernización del Derecho del trabajo en Europa» que terminó, pese a la multiplicidad de voces críticas contra él, con la conversión en políticas y leyes de reforma de los ordenamientos laborales sobre la célebre fórmula de la «flexi-seguridad», fórmula mágica u otra «*flatus vocis*» donde las haya. Ante el absoluto fracaso de una política solidaria para una situación tan extrema como la de los refugiados –de cuyas aporías el [Editorial del número anterior](#), a cargo del subdirector de la Revista, dio cumplida cuenta–, parece poco creíble que la Comisión Europea, que, al mismo tiempo, no afloja la presión de austeridad contra los Gobiernos como el de España, apueste por una corrección de signo social de la política de mercado de trabajo.

Pero, en cualquier caso, habrá que predicar, como asumíamos en el [Editorial](#) de este número, en un contexto de re-socialización del Derecho de Trabajo más amplio, una cierta ingenuidad de la inocencia juvenil, en vez de tanto inteligente escepticismo, y confiar en que la llamada a un modelo de relaciones laborales de sujetos con un razonable equilibrio entre derechos –garantía de seguridad de las condiciones de empleo y de trabajo (la función distributiva)– y poderes –garantías de flexibilidad de la gestión (función productiva)– no son ya un puro sueño del pasado sino un imperativo inmarcesible del futuro.