

Los 90 días determinantes del despido colectivo: *certus an, ¿certus quando?*

Comentario a la [Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de noviembre de 2020, asunto C-300/19](#)

Yolanda Maneiro Vázquez

*Profesora contratada doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Santiago de Compostela*

Extracto

La sentencia *Marclean Technologies* aclara el momento temporal en el que debe contarse el plazo de 90 días para computar el número de despidos a la hora de determinar la existencia o no de un despido colectivo. En ella, el Tribunal de Justicia no considera que la jurisprudencia del Tribunal Supremo resulte acorde a la Directiva 98/59/CE y ofrece una interpretación mucho más amplia de dicho periodo temporal, pero que, a su vez, abre muchos interrogantes sobre su aplicación futura y pone de manifiesto la imperiosa necesidad de reformar el artículo 51.1 del Estatuto de los Trabajadores.

Palabras clave: despido colectivo; 90 días; *dies a quo*; artículo 51.1 ET; Directiva 98/59/CE.

Cómo citar: Maneiro Vázquez, Yolanda. (2021). Los 90 días determinantes del despido colectivo: *certus an, ¿certus quando?* Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de noviembre de 2020, asunto C-300/19. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 454, 137-145.

The 90 days determining collective redundancy: *certus an, ¿certus quando?*

Commentary on the judgment of the ECJ 11 November 2020,
case C-300/19

Yolanda Maneiro Vázquez

Abstract

The Marclean Technologies judgment clarifies the time frame within which the 90-day period for counting redundancies must be calculated when determining whether or not a collective redundancy exists. In it, the Court of Justice does not consider that the jurisprudence of the Supreme Court is in accordance with Directive 98/59/EC and offers a much wider interpretation of this time period, but which, at the same time, opens many questions about its future application and highlights the urgent need to reform article 51.1 ET.

Keywords: collective dismissal; 90 days; *dies a quo*; article 51.1 ET; Directive 98/59/EC.

Citation: Maneiro Vázquez, Yolanda. (2021). The 90 days determining collective redundancy: *certus an, ¿certus quando?* Commentary on the judgment of the ECJ 11 November 2020, case C-300/19. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 454, 136-145.

1. Marco normativo

La incidencia de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en la interpretación y aplicación de las normas reguladoras del despido colectivo español es innegable. El relevante número de sentencias de origen español dictadas en los últimos años ha obligado a reinterpretar el [artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores \(ET\)](#). La reticencia a la hora de modificar su redacción, junto a estos nuevos criterios interpretativos, ha provocado que, en la actualidad, el cumplimiento estricto y literal de las reglas que contiene el citado precepto y su tradicional interpretación ya no garantizan la correcta tramitación de un despido colectivo. En 2015, las sentencias [Rabal Cañas](#) y [Pujante Rivera](#) ampliaron el tipo de extinciones asimilables a los despidos, que habrán de ser tenidas en cuenta para el cómputo total y la unidad de referencia empleada para computarlas. 3 años después, la [sentencia Porrás Guisado](#) obligó a justificar los motivos por los que, como parte de un despido colectivo, se elegía a una trabajadora embarazada.

La reciente [Sentencia de 11 de noviembre de 2020, Marclean Technologies](#), tiene también origen español, pues responde a la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social número 3 de Barcelona, y la peculiaridad de haber sido dictada exactamente el mismo día que [Pujante Rivera](#), aunque un lustro después. Incide en el modo en el que han de computarse los 90 días que componen el periodo en el que debe tener lugar el número de extinciones requeridas por el [artículo 51.1 del ET](#) para que puedan entenderse constitutivas de un despido colectivo.

Además, la [sentencia Marclean Technologies](#) aborda los despidos colectivos tácitos, que con ánimo fraudulento tratan de eludir las reglas de procedimiento impuestas y, por ello, calificados como nulos por el último párrafo del [artículo 51.1 del ET](#):

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

De dicho precepto no puede extraerse una indicación expresa sobre si dichos 90 días han de ser anteriores o posteriores al despido individual. Esta cuestión tampoco se precisa en

el artículo 1.1.1.º a) de la [Directiva 98/59/CE](#), que simplemente se refiere al número de despidos que se producen en un periodo determinado de 30 o de 90 días, dependiendo de la elección de cada Estado miembro.

De nuevo en el derecho español, el [artículo 122.2.b\) de la Ley reguladora de la jurisdicción social](#) califica como nulas las extinciones individuales:

Quando se haya efectuado en fraude de ley eludiendo las normas establecidas por los despidos colectivos, en los casos a los que se refiere el último párrafo del apartado 1 del artículo 51 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

2. Síntesis del supuesto de hecho

La señora UQ, despedida el 31 de mayo de 2018 por la empresa Marclean Technologies, SLU, presentó demanda ante el Juzgado de lo Social número 3 de Barcelona solicitando la nulidad de su despido por considerarlo parte de un despido colectivo encubierto. La empresa justificó el despido individual tanto en el descenso en la actividad de la trabajadora, como en los incumplimientos laborales de la señora UQ y de otros compañeros y compañeras, que también fueron despedidos.

De acuerdo con los datos obtenidos por el referido Juzgado de lo Social, el *iter* de los despidos efectuados por la empresa fue el que sigue:

- Entre el 31 de mayo y el 14 de agosto se produjeron 7 ceses. De ellos, 4 lo fueron por causas no imputables a las personas trabajadoras, 2 por cese voluntario y 1 por finalización del contrato de trabajo.
- El 15 de agosto se extinguieron 29 contratos que, según la versión de la empresa, constituyeron un cese voluntario comunicado el 26 de junio con efectos a partir del 15 de agosto. Ese mismo día la empresa puso fin a su actividad.
- El 16 de agosto dichas 29 personas fueron contratadas por la empresa Risk Steward, SL.

Mediante Auto de 6 de febrero de 2019, el Juzgado de lo Social constató que habían sido despedidas entre 30 y 35 personas trabajadoras, de modo que, conforme a lo regulado por el artículo 1.1.1.º a) de la [Directiva 98/59/CE](#), dichos despidos podrían considerarse como colectivos. Sin embargo, la interpretación del [artículo 51.1 del ET](#) que ha venido realizando el Tribunal Supremo (TS) impediría esta consideración, pues exige que las extinciones hayan tenido lugar en un periodo de 90 días referidos «exclusivamente al periodo anterior a la fecha del despido impugnado».

Considerando que esta interpretación restrictiva puede dificultar la correcta aplicación de la finalidad tuitiva de la directiva, el Juzgado de lo Social número 3 de Barcelona planteó, el 25 de marzo de 2019, a través de auto, tres cuestiones prejudiciales que el TJUE examinó conjuntamente y que podrían resumirse del siguiente modo: si el artículo 1.1.1.º a) de la [Directiva 98/59/CE](#) debe interpretarse en el sentido de que el periodo de referencia de 30 o 90 días previsto en dicha disposición ha de calcularse computando, o bien exclusivamente un periodo anterior al despido individual impugnado; o bien un periodo posterior a ese despido, con independencia de que exista o no fraude; o bien incluye todo periodo de 30 o de 90 días en el que se hubiera producido ese despido individual.

3. Doctrina judicial existente

Tradicionalmente, el despido colectivo se ha venido identificando por la concurrencia de los tres elementos exigidos por el [artículo 51.1 del ET](#):

- El *número* de extinciones.
- Las *causas* económicas, técnicas, organizativas y de producción que las justificaban.
- El *periodo temporal* de 90 días en el que habrían de computarse y concurrir aquellas.

Además, el último párrafo de dicho precepto contiene una norma antifraude que conduce a la nulidad de las extinciones acordadas por la empresa «en periodos sucesivos de 90 días y con el objeto de eludir las previsiones contenidas» en la regla general.

La Sala de lo Social del TS cuenta con una reiterada jurisprudencia respecto del *dies a quo* de dicho periodo de 90 días. Así, las Sentencias de [23 de abril de 2012 \(rec. 2724/2011\)](#), [23 de enero de 2013 \(rec. 1362/2012\)](#), 25 y 26 de noviembre de 2013 (recs. [52/2013](#) y [334/2013](#), respectivamente), 11 de febrero y 9 de abril de 2014 (recs. [323/2013](#) y [2022/2013](#)), entre otras, reiteran la doctrina recogida en la Sentencia del TS (STS) de [11 de enero de 2017 \(rec. 2270/2015\)](#), empleada por el Juzgado de lo Social número 3 de Barcelona para fundamentar su cuestión prejudicial. El TS había sostenido firmemente en ella que:

[...] el primer párrafo del art. 51.1 ET [...] establece una norma general en virtud de la cual el día del despido constituye el día final del plazo (el «dies ad quem») para las extinciones contractuales que se acuerden ese día y, al mismo tiempo, el día inicial (el «dies a quo») para el cómputo del periodo de los 90 días siguientes. En términos generales, «el día en que se acuerda la extinción constituye el día final del cómputo del primer periodo de 90 días y el inicial del siguiente» [...].

La sala justificó dicha doctrina por ser este día «en el que se superan los límites que condicionan la existencia del despido colectivo, figura que no existe, que no se da hasta que el número de extinciones supera los límites del cálculo matemático que establece la norma» (STS de 23 de abril de 2012, citada). Dado que quien legisla, insiste la sala, no puede dar pautas para presumir y sancionar lo que la empresa piense hacer en el futuro, *el dies ad quem* se fija coincidiendo con la fecha en la que se acuerda la extinción:

[...] en la fecha en la que los hechos son ciertos y sin género de dudas se puede calificar si el despido es colectivo con arreglo a la ley y no con arreglo a un futuro incierto, pues la norma trata de generar seguridad jurídica y no incertidumbres.

De acuerdo con la interpretación anterior, solo existe un supuesto en el que se tienen en cuenta las extinciones futuras y, por lo tanto, el cómputo se realiza respecto de los días posteriores a la extinción del contrato de trabajo impugnada. Se trata del supuesto contenido en la «norma antifraude» del último párrafo del artículo 51.1 del ET, que se aplica a las extinciones producidas «en periodos sucesivos de 90 días y con el objeto de eludir las previsiones contenidas» en el artículo 51.1 del ET y en número inferior a los umbrales legales, sin que concurren causas nuevas que justifiquen los nuevos despidos. En tal caso, la excepción a la regla general facilita la declaración de nulidad del despido «cuando se aprecien datos o simples indicios que permitan, conforme a reglas lógicas, apreciar la existencia de fraude» (STS de 11 de enero de 2017, citada).

4. Trascendencia (indudable) del pronunciamiento

Una vez más, el TJUE ha venido a modificar una interpretación ya consolidada del artículo 51.1 del ET. También, una vez más, la cuestión prejudicial ha resultado ser un arma eficaz para que los juzgados de lo social puedan apartarse de las pautas jurisprudenciales marcadas por la doctrina de los tribunales superiores. Quizás esta circunstancia explica, en buena medida, el abundante número de cuestiones prejudiciales planteadas por los juzgados de lo social y por los tribunales superiores de justicia, en contraste con la moderación del TS para acudir a esta herramienta de auxilio interpretativo.

En comparación con la extensión de otras decisiones anteriores del TJUE en materia de despido colectivo, el caso UQ destaca por su brevedad y concisión, acentuada por el más que aconsejable examen conjunto de las tres cuestiones planteadas. El Tribunal de Justicia recuerda que los umbrales de cálculo del despido colectivo constituyen conceptos del derecho de la Unión cuya interpretación no puede dejarse a disposición de los Estados miembros. Lo contrario, como ya había indicado en las sentencias *Confédération générale du travail* y *Pujante Rivera*, permitiría que los Estados pudieran alterar el ámbito de aplicación de la Directiva 98/59/CE y, en consecuencia, privarla de eficacia.

Sin embargo, la complejidad de esta [sentencia](#), y, en especial, su trascendencia *ad futurum*, es muy superior a lo que pudiera parecer a primera vista. El TJUE corrige abiertamente en ella la jurisprudencia del TS al considerar no conforme a la [Directiva 98/59/CE](#) la limitación del cómputo de los 90 días exclusivamente al periodo anterior al despido individual. Tampoco es adecuado el empleo de los 90 días inmediatamente posteriores, si esta posibilidad se restringe exclusivamente a los supuestos de fraude de ley. El tribunal considera válido el empleo de ambos criterios, exista o no intención fraudulenta por parte de la empresa. Añade, además, un tercero: el que permite que dicho cómputo se realice en un periodo que pueda ser en parte anterior y en parte posterior al despido individual impugnado. Este método, señala el tribunal, «es el único que resulta conforme con la finalidad de la Directiva 98/59 [...] y que respeta el efecto útil de aquella».

Los fundamentos de esta interpretación se exponen con toda claridad en la sentencia:

1. La ausencia de cualquier límite temporal fijado por la directiva a estos efectos: «la directiva no menciona, a efectos de calcular el número de despidos que se han producido, ningún límite temporal exclusivamente anterior o posterior al despido individual impugnado» (apdo. 30).
2. El establecimiento de dicho límite, tal y como lo ha venido fijando la jurisprudencia unificada del TS, podría limitar la protección de los derechos de las personas trabajadoras perseguida por la directiva:

[...] limitar el periodo de referencia, o bien exclusivamente al periodo anterior al despido individual impugnado, o bien igualmente al periodo posterior a dicho despido en caso de fraude podría restringir los derechos de los trabajadores afectados, dado que ambos métodos impedirían computar los despidos producidos dentro de un periodo de 30 o 90 días, pero fuera de ese periodo anterior o posterior, aun cuando la totalidad de los despidos hubiera superado el número requerido por el art. 1.1.1.º a) de la Directiva 98/59/CE (apdo. 31).

3. Resulta irrelevante que el periodo de referencia empleado sea anterior o posterior al despido individual, siempre y cuando sea continuo, sin posibilidad de suspensión o interrupción alguna¹. El abogado general Bobek considera en sus [conclusiones](#) que en la expresión de «un periodo de 90 días» empleada por la directiva no debe interpretarse un numeral, sino como «*cualquier* periodo» de 90 días (apdo. 31).

¹ En palabras del abogado general Bobek en sus [conclusiones](#) a la sentencia Marclean Technologies:

[...] la única indicación que podría deducirse de la lógica y del contexto [del art. 1.1.1.º a)] es que ambos periodos de referencia, anterior y posterior a la extinción individual, «deben ser consecutivos, sin que exista la posibilidad de suspensión o interrupción alguna» (apdo. 32).

4. La finalidad de la directiva es identificar determinados tipos de actuación de las empresas dentro de un periodo específico, que debe tener un grado de previsibilidad y verificabilidad. Por ello, la directiva no distingue entre despidos fraudulentos o no, puesto que la intención empresarial no puede repercutir en el cómputo ni en la duración del periodo de referencia²:

Las extinciones de los contratos que constituyen despidos a los efectos de la Directiva 98/59 deben determinarse de manera objetiva, atendiendo exclusivamente a los criterios establecidos en el artículo 1 [...] con independencia de la intención subjetiva del empresario (apdo. 39).

Resulta curioso volver la vista atrás y retroceder unas décadas, para comprobar que esta misma interpretación ya formaba parte de la primera doctrina judicial de nuestros tribunales superiores de justicia. Así, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) de Cataluña 4390/1995, de 19 de julio, señalaba que: «basta que la extinción en cuestión se haya producido en un día de los 90, dentro de cuyo periodo hayan existido, antes, coetánea o posteriormente, otras extinciones computables cuya suma supere el correspondiente umbral». Fundamentaba esta interpretación en el canon hermenéutico (*ubi lex non distinguit...*), sistemático y en:

[la] discriminación que se produciría entre determinados trabajadores sujetos en realidad todos ellos a un despido colectivo con fundamento en las mismas causas si tan solo debieran estimarse nulos por fraudulentos los que sobrepasaran un determinado número dentro del mismo periodo, quedando convalidados los anteriores.

Sin embargo, sentencias posteriores, como la STSJ de Galicia de [21 de noviembre de 1996 \(rec. 4794/1996\)](#), restringieron dichos 90 días al «periodo precedente a la fecha de la extinción cuestionada en el proceso». Y en su posterior [Sentencia de 7 de julio de 2004 \(rec. 383/2003\)](#), el TSJ de Cataluña, en el caso de los despidos fraudulentos, consideró que:

[...] indudablemente el cómputo ha de hacerse hacia adelante partiendo del primer despido, iniciándose de nuevo al producirse otro despido, de tal modo que si entre uno y otro despido transcurre un lapso superior a 90 días se rompe la sucesión de los periodos a computar.

² Por tal motivo, el abogado general en sus [conclusiones](#) rechaza también la opción del Gobierno polaco, que iniciaba el periodo de cómputo en el primer despido derivado del proyecto de la empresa de efectuar un despido colectivo. Los despidos a efectos de la [Directiva 98/59/CE](#) deben determinarse de manera objetiva, atendiendo a los criterios fijados en ella, y «con independencia de la intención subjetiva del empresario» (apdo. 39 [conclusiones](#)).

A la vista de la [sentencia Marclean Technologies](#) no cabe duda de que la certeza que tradicionalmente ofrecía la jurisprudencia unificada del TS podría venirse abajo ante los dictados del TJUE. Queda por comprobar ahora cuál será su recepción real por parte de la doctrina judicial española. Habrá que ver si el TS «ratifica y completa» su anterior doctrina, como hizo tras la [sentencia Rabal Cañas](#), y si Marclean Technologies constituye, al fin, el impulso final que se precisaba para reformar el tan vapuleado [artículo 51.1 del ET](#) para adaptarlo a las exigencias de la normativa comunitaria.

Mientras esto sucede, los interrogantes que se abren tras [Marclean Technologies](#) tampoco resultan despreciables. Ante su lectura surgen numerosas cuestiones que, por la limitada extensión de este comentario, no pueden abordarse. Así, por ejemplo, la posible alteración del plazo de caducidad del que dispondrá una persona trabajadora que ha visto extinguido su contrato de trabajo, tras descubrir que el número de extinciones posteriores a su despido es suficiente para considerarlo parte de un despido colectivo encubierto. También deja ver esta sentencia la necesidad de reconfigurar una nueva parte del [artículo 51.1 del ET](#): el despido colectivo en fraude de ley. Tras [Marclean Technologies](#) resulta irrelevante la intención empresarial y solo se precisa que concurra el número suficiente de despidos en un periodo de 90 días consecutivos. Esto pone en cuestión la actual previsión de periodos sucesivos de 90 días en los que no llegan a producirse el número suficiente de extinciones.

Además, será interesante observar cómo se afrontarán otras dos posibles cuestiones derivadas del texto de la sentencia. La primera de ellas afecta al significado y trascendencia de la expresión «el mayor número de despidos», como elemento identificador del periodo de 90 días que ha de tomarse en consideración. Del texto de [Marclean Technologies](#) se extrae que el [artículo 51.1 del ET](#) no podrá limitar un único periodo de 90 días, pudiendo ser este el anterior, el posterior o aquel en el que se integre el despido individual impugnado. Ahora bien, parece dar a entender que la persona trabajadora individualmente despedida no podrá elegir el periodo de 90 días que más le convenga, ni siquiera aunque en él se alcance el número de extinciones requerido. Habría de acogerse al periodo de 90 días en el que se hubiera producido «el mayor número de despidos». Esta interpretación permitiría evitar que cada una de las personas trabajadoras afectadas por despidos individuales acordados en fechas próximas pudiera elegir un periodo de 90 días diferente. Queda por ver si los tribunales interpretarán restrictivamente esta expresión y si corresponderá a la persona trabajadora la compleja carga de probar que, en el periodo alegado, se produjo realmente el mayor número de extinciones.

Son abundantes las cuestiones que surgen y que surgirán, en el futuro, en torno a la aplicación práctica de la [sentencia Marclean Technologies](#). Esta decisión es un toque más del TJUE en el camino hacia la necesaria modificación del [artículo 51.1 del ET](#) para adaptar su texto y su interpretación a los requisitos de la [Directiva 98/59/CE](#). Es también un recordatorio de que hasta las más fuertes murallas de la interpretación jurisprudencial pueden caer ante la trompeta del Tribunal de Justicia.