



De nuevo sobre las extinciones que deben computarse en el despido colectivo y los plurales criterios del tribunal de justicia de la Unión Europea.

Ignacio, García-Perrote Escartín. Jesús R., Mercader Uguina.

Publicación:

Revista de Información Laboral num.12/2015

Edificio LEX NOVA

Ya tuvimos ocasión de reflexionar sobre esta cuestión en un trabajo anterior: *El concepto jurídico laboral de «inherencia» y sus proyecciones sobre el despido colectivo (Notas jurisprudenciales sobre el uso de la expresión «otros motivos no inherentes a la personas del trabajador» por el [art. 51.1 ET](#)), Justicia Laboral, 2013, nº 53*. Es necesario volver de nuevo ahora, tanto sobre los criterios para determinar el número de trabajadores que delimitan la dimensión de la empresa como sobre la más controvertida cuestión de las extinciones que deben ser computadas a efectos de determinar el número de despidos producidos. Ambas cuestiones han dado lugar a recientes pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y merecen, por ello, de nuestra atención.

A estos efectos, es necesario distinguir, aunque pequemos de reiterativos, en primer lugar, el número de trabajadores de la empresa para, en segundo lugar, cuantificar el número de extinciones. Así, por un lado, se plantea qué tipo de contratos deben computarse a efectos de determinar si se cumplen las condiciones en cuanto a volumen de plantilla del art. 51 ET; y, por otro, qué extinciones se deben computar a efectos de determinar el número de despidos producidos en el período de referencia legalmente establecido

En relación con la primera cuestión se pronuncia la [STJUE de 11 de noviembre de 2015, C-422/14 \(TJCE 2015, 245\)](#), Asunto Pujante Rivera, en relación con los contratos temporales. La misma señala que para determinar si se ha alcanzado el umbral necesario para llevar a cabo un procedimiento de despido colectivo en una empresa, debe tenerse en cuenta también a los trabajadores temporales. El Tribunal de Justicia declara que los trabajadores con un contrato celebrado por una duración o para una tarea determinada deben considerarse incluidos entre los trabajadores «habitualmente» empleados, en el sentido de la Directiva, en el centro de trabajo de que se trate. Si fuera de otro modo, podría privarse al conjunto de los trabajadores empleados por dicho centro de los derechos que les reconoce la Directiva, lo cual



menoscabaría su efecto útil. De modo que respecto a la empresa o centro de trabajo como unidad de cómputo, han de contabilizarse todos los trabajadores vinculados a la misma, al margen de la modalidad contractual —indefinida o de duración determinada, a tiempo completo o a tiempo parcial— que les vincule a la empresa. La cuestión no ha planteado problemas en nuestro país ni ha sido objeto de controversias judiciales de las que tenga constancia.

En este mismo ámbito cabe situar la [Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 de julio de 2015, C-229/14 \(PROV 2015, 181282\)](#), Asunto Ender Balkaya. La misma resuelve una cuestión prejudicial planteada por un juzgado de lo social de Verden (Alemania), tras la denuncia de un trabajador despedido por su empresa sin que esta se hubiera acogido al procedimiento de despido colectivo. El umbral exigido por la ley alemana para el caso concreto de esta compañía en función de su tamaño era de 20 trabajadores despedidos. Sobre 18 de ellos no existían dudas. El problema radicaba en un administrador y una trabajadora en prácticas, que participaba en un programa de reciclaje profesional, sin contrato firmado con la empresa y cuya remuneración provenía de los servicios públicos de empleo. El Derecho alemán excluye expresamente a los administradores encargados de la representación legal de la compañía de la categoría de trabajador, lo que provoca la duda del juez entre la normativa nacional y el Derecho comunitario. Sobre los trabajadores en prácticas sin contrato y sin remuneración directa de la empresa, la ley alemana guarda silencio, por lo que el magistrado también plantea una cuestión al TJUE.

El Tribunal de Justicia, en contra de lo que sostenía la representación letrada de la sociedad alemana, sostiene que el concepto de trabajador al que se refiere el [artículo 1, apartado 1, letra a\)](#) de la Directiva 98/59, no puede definirse mediante una remisión a las legislaciones de los Estados miembros, sino que debe interpretarse de manera autónoma y uniforme en el ordenamiento jurídico de la Unión. De no ser así, expone, los modos de cálculo de los umbrales que prevé dicho precepto, y por tanto los propios umbrales, estarían a disposición de los Estados miembros, lo que permitiría a éstos alterar el ámbito de la aplicación de la citada Directiva y privarla de su plena eficacia. En definitiva, es el Derecho comunitario y no las legislaciones nacionales las que determinan «el concepto de trabajador» para garantizar la protección a los derechos de los empleados que brinda la [Directiva comunitaria 98/59 \(LCEur 1998, 2531\)](#) en los procesos de despido colectivo.

Sobre esta base, la condición de miembro de un órgano de dirección no puede excluir por sí sólo la condición de trabajador. Si éste recibe una retribución, presta servicios para la sociedad, ejerce su actividad bajo la dirección o control de otro



órgano de la sociedad y puede ser destituido de sus funciones sin limitación alguna, «cumple los requisitos para ser calificado como trabajador». De este modo, «el [artículo 1, apartado 1, letra a\)](#), de la Directiva 98/59 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa o práctica nacional que no tiene en cuenta, en el cálculo del número de trabajadores empleados previsto en esa disposición, a un miembro de la dirección de una sociedad de capital, como el controvertido en el asunto principal, que ejerce su actividad bajo la dirección y el control de otro órgano de la sociedad, que percibe una retribución a cambio de su actividad y que no posee él mismo ninguna participación en dicha sociedad».

Con respecto a la empleada en prácticas, el Tribunal afirma que «el concepto de trabajador en Derecho de la Unión comprende también a las personas que desarrollan una actividad en prácticas de carácter preparatorio o períodos de aprendizaje», sin que esta condición se vea afectada por la menor productividad, el menor número de horas de trabajo o una remuneración más limitada. La sentencia, además, subraya que el hecho de que la trabajadora no tuviera contrato con la empresa ni el hecho de que su remuneración proviniera de subvenciones públicas» puede tener ningún tipo de consecuencias respecto al reconocimiento o no de una persona como trabajadora». El Tribunal concluye que «el artículo 1, apartado 1, letra a), de la Directiva 98/59 debe interpretarse en el sentido de que se ha de considerar que tiene la condición de trabajador a efectos de esta disposición una persona, como aquella de que se trata en el asunto principal, que realiza una actividad práctica en una empresa, como trabajo en prácticas, para adquirir conocimientos o profundizar en éstos o para seguir una formación profesional, sin percibir una retribución del empresario pero sí una ayuda económica del organismo público encargado de fomentar el empleo por esa actividad, reconocida por este organismo.

Una segunda cuestión, distinta de la anterior, es la relativa a si para fijar el número de trabajadores afectados por la extinción deben computarse todos los ceses por causas económicas, técnicas, organizativas o productivas que se produzcan durante un período de referencia de 90 días. Cabe recordar que, con la finalidad de evitar que los despidos colectivos se presenten como individuales, mediante su formalización como despidos debidos a causas no incluidas en el ET [[art. 51](#) y [52.1.c\)](#)], se consideran como extinciones computables cualesquiera otras producidas en el período de referencia por iniciativa del empresario en virtud de otros motivos no inherentes a la persona del trabajador distintos de la expiración del tiempo convenido o la realización de la obra o servicio ([art. 49.1.c\)](#) ET), siempre que su número sea, al menos, de 5 ([art. 51.1.4º](#) ET).



Por motivos inherentes a la persona del trabajador deben entenderse, en principio, aquellos que proceden de la propia y directa voluntad del trabajador pero también los que, aun no debiéndose a su voluntad, derivan de causas vinculadas con su persona. De este modo, no deben tenerse en cuenta a los efectos del despido colectivo las extinciones producidas por dimisión o abandono del trabajador ni las derivadas de su jubilación, incapacidad o muerte. Tampoco las motivadas por mutuo acuerdo, siempre que el acuerdo extintivo no se produzca a instancia del empresario, sino por la voluntad concorde de las dos partes ([STSJ Cataluña de 23 de abril de 1996 \[AS 1996, 2123\]](#), Rº 2604/96 y [STSJ Andalucía/Sevilla de 27 de febrero de 2004 \[PROV 2005, 74873\]](#), Rº 3826/03). Hay también consenso en la no consideración, a efectos de cómputo, de los despidos disciplinarios procedentes, en cuanto están motivados por la conducta del trabajador, ni de los despidos objetivos amparados en las causas recogidas en los apartados a), b) y d) del [art. 52 ET](#) pues las mismas, como señala la [SAN de 4 de septiembre de 2013 \(AS 2013, 1966\)](#) (Proc. 240/2013), están basadas en la capacidad del trabajador y por tanto «deberían considerarse inherentes a la persona del trabajador, porque todas ellas se predicán de su persona, aun cuando no se deban a su voluntad». Finalmente, también deben excluirse las extinciones en período de prueba en la medida en que la terminación del contrato deriva de una valoración del empresario sobre la capacidad del trabajador ([STSJ Castilla León/Valladolid de 22 de septiembre de 2010 \[AS 2010, 1838\]](#), Rº 1147/2010).

En relación con esta cuestión, la [STJUE de 13 mayo 2015 \(TJCE 2015, 24\)](#), C-392/13), Asunto Rabal Cañas, ha considerado que la exclusión de las extinciones de contratos temporales por llegada del término del ámbito de aplicación de la Directiva 98/59 «resulta claramente del tenor y del sistema de dicha Directiva» (párrafo 62). El TJUE rechaza la posibilidad de incluir las referidas extinciones, fundamentalmente, porque los contratos de duración determinada «no se extinguen a iniciativa del empresario, sino en virtud de las cláusulas que contienen o de la normativa aplicable, cuando llegan a término o cuando se realiza la tarea para la que fueron celebrados» (párrafo 63). El Tribunal Supremo ha entendido, no obstante, que sí deben computarse a estos efectos, las extinciones por fin de contrato en caso de contratación temporal fraudulenta y las extinciones ante tempus de contratos temporales ([STS 3 de julio de 2012, Rº 1744/11; 3 de julio de 2012 \[RJ 2012, 9584\]](#), Rº 1657/11; STS 8 de julio de 2012, Rº 2341/11). Como ha señalado la [STS 25 de noviembre de 2013 \(RJ 2014, 36\)](#) (Rº 52/2013): «si un despido disciplinario —en principio, vinculado a la conducta del trabajador, como ya se ha dicho— se declara improcedente y, pese a ello, el contrato se extingue, el cese no podrá ser excluido del cómputo a efectos del despido colectivo, como tampoco podrá serlo, la falsa alegación del vencimiento del término en un contrato que no es temporal». A tenor de



lo dicho, no parece derivarse cambio sustancial en la doctrina que sobre esta materia existía ya en nuestro país.

En esta misma línea cabe situar la [STJUE de 11 de noviembre de 2015 \(TJCE 2015, 245\)](#), C-422/14, Asunto Pujante Rivera, antes citada. La misma resuelve una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social nº 33 de Barcelona, vuelve a pronunciarse sobre la regulación del despido colectivo, aportando de nuevo criterios que deben tenerse en cuenta en la aplicación e interpretación del [art. 51](#) ET. Se trata ahora de identificar qué extinciones se computan a efectos de determinar si se superan o no los umbrales que delimitan la existencia de un despido colectivo. A estos efectos, el art. 51 ET señala que se computan las extinciones motivadas en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción pero también «cualesquiera otras producidas en el período de referencia por iniciativa del empresario en virtud de otros motivos no inherentes a la persona del trabajador distintos de los previstos en el [art. 49.1.c\)](#)» siempre que su número sea, al menos, de cinco. La doctrina judicial ha ido identificando qué extinciones deben computarse y cuáles no.

No está claro, sin embargo, si deben computarse o no las extinciones decididas o promovidas por el trabajador al amparo de los [arts. 40](#), [41](#) o [50](#) ET.

Sobre esta cuestión se pronuncia expresamente la [STJUE de 11 de noviembre de 2015 \(TJCE 2015, 245\)](#). El asunto origen de la controversia fue la reclamación presentada por un trabajador que había sido despedido por causas objetivas. El trabajador reclama la nulidad de su despido por entender que la empresa debía haber seguido los trámites del despido colectivo. La cuestión requiere determinar si se habían alcanzado o no los umbrales del despido colectivo en el período de referencia de 90 días y, a estos efectos, resultaba esencial saber si debía computarse la extinción del contrato de una trabajadora a la que se habían modificado sus condiciones laborales ex [art. 41](#) ET. La trabajadora aceptó un acuerdo extintivo en el que la empresa reconoció que la modificación excedía de los límites del art. 41 ET y aceptó una indemnización del contrato de trabajo fundada en el [art. 50](#) ET.

Lo que se pregunta al TJUE es si esta extinción debe o no computarse y el Tribunal concluye que «el hecho de que el 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 la Directiva.

El Tribunal de Justicia recuerda que los despidos se caracterizan por la falta de consentimiento del trabajador. En el presente asunto, la extinción de la relación



laboral de la trabajadora que accedió a un acuerdo de rescisión encuentra su origen en la modificación unilateral introducida por el empresario en un elemento esencial del contrato de trabajo por motivos no inherentes a la persona de la trabajadora. Dicha extinción es, por lo tanto, un despido. En efecto, por una parte, dado que la Directiva pretende reforzar la protección de los trabajadores en caso de despidos colectivos, no puede darse una interpretación restringida al concepto de despido. Por otra parte, el objetivo de la armonización de las normas aplicables a los despidos colectivos es garantizar una protección comparable de los derechos de los trabajadores en los diferentes Estados miembros y equiparar las cargas que estas normas de protección suponen para las empresas de la Unión. El concepto de despido condiciona directamente la aplicación de la protección y de los derechos que esta Directiva otorga a los trabajadores. Por lo tanto, dicho concepto tiene una repercusión inmediata en las cargas que supone la protección de los trabajadores. Así pues, cualquier normativa nacional o interpretación de dicho concepto que llevase a considerar que, en una situación como la aquí debatida, la rescisión del contrato de trabajo no es un despido en el sentido de la Directiva, alteraría su ámbito de aplicación y la privaría así de su plena eficacia.

El TJUE aborda y resuelve así esta cuestión que distaba mucho de estar clara en nuestro sistema de despido colectivo. Habrá que esperar los primeros pronunciamientos para conocer el alcance con que tal solución se acoge en nuestra doctrina judicial.