

# El modelo español de Despido colectivo. Entre adecuación al Derecho de la UE y respuesta a la realidad socioeconómica<sup>1</sup>

The Spanish model of collective dismissal. Between adaptation to EU Law to socio-economic reality

**Yolanda Sánchez-Urán Azaña**

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, UCM

[sanuran@ucm.es](mailto:sanuran@ucm.es)

<http://orcid.org/0000-0003-1296-546X>

**Emilio De Castro Marín**

Profesor Contratado Doctor, Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, UCM

[ecastro@ucm.es](mailto:ecastro@ucm.es)

<https://orcid.org/0000-0003-4017-506X>

**Sumario:** I. Introducción. II. La conceptualización amplia del despido colectivo. 2.1. El presupuesto causal negativo del despido colectivo en la Directiva europea. 2.2. La naturaleza de las extinciones contractuales: despidos en sentido estricto vs extinciones asimilables vs resto de extinciones. 2.2.1. El concepto de despido en sentido propio y de las extinciones asimiladas en la lectura tradicional de la Directiva. 2.2.2. La controvertida lectura expansiva del Tribunal de Luxemburgo. 2.2.3. Sobre la calificación de determinadas decisiones empresariales. III. Elemento cuantitativo-temporal del despido colectivo 3.1. Unidad de referencia. 3.2. Factor temporal. IV. Nacimiento de las obligaciones de información y consulta. V. Conclusiones.

**Resumen:** Sigue abierto el debate en torno a la ordenación jurídica del modelo legal español de Despido Colectivo, tanto en el plano de la dogmática jurídica como en el de política legislativa. En el estudio se plantean algunas de las cuestiones más relevantes, en torno a la conceptualización del despido colectivo, al elemento cuantitativo-temporal del despido y al nacimiento de las obligaciones de información y consulta. Se concluye el estudio con algunas propuestas de futuro con matiz corrector de la actual regulación laboral en España.

<sup>1</sup> El contenido del estudio ha sido discutido y elaborado conjuntamente por los coautores, correspondiendo al Profesor Emilio de Castro la redacción inicial de los apartados II y IV del mismo.

**Abstract:** *The discussion on the legal regulation of the Spanish legal model of collective dismissal is still open, both in terms of legal theory and in terms of legislative policy. The study raises some of the most relevant questions, concerning the concept of collective dismissal, the quantitative-temporary element of dismissal and the emergence of the obligations of information and consultation. The study concludes with some proposals for the future with a corrective nuance to the current labour regulation in Spain.*

**Palabras clave:** despido colectivo, aproximación de legislaciones, interpretación conforme Directiva 98/59/CE.

**Keywords:** *collective redundancies, approximation of laws, interpretation in accordance with Directive 98/59/EC.*

## I. Introducción

El debate abierto desde hace años en torno a la ordenación jurídica del «modelo legal» español de Despido Colectivo no ha concluido y se proyecta en una doble vertiente.

Por un lado, en el plano de la dogmática jurídica. Desde esta perspectiva, son numerosas las cuestiones que la norma española sobre Despido Colectivo, artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores, plantea a la luz del Derecho de la UE, Directiva 98/59/CE, de 20 de julio de 1998, sobre aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros sobre despido colectivo, porque, detectadas diferencias en la formulación de la regla legal nacional, hay que analizar el sentido de la inadecuación para, en su caso, proceder a la interpretación de la norma nacional conforme a la Directiva. Entre ellas, la conceptualización del despido, el elemento cuantitativo-temporal, la determinación de la unidad de referencia y parámetro temporal; o, en fin, el nacimiento de las obligaciones de información y consulta.

Por otro lado, en el plano de la política legislativa. A la vista de las disfunciones constatadas, desde hace tiempo se vienen proponiendo modificaciones en el régimen jurídico-laboral con la finalidad de aportar seguridad jurídica en el contexto social y económico. Habrá que determinar las que fueran opciones posibles al respecto, ponderando las jurídicas derivadas de la interacción de nuestro Derecho con el de la Unión Europea y las que, más allá, sean de política del Derecho en respuesta a las exigencias derivadas de la realidad socioeconómica del país, del modelo de relaciones laborales, la estructura empresarial, del tipo de actividad económica predominante en España, o la equidad competitiva de las empresas españolas en relación con las radicadas en otros países con modelos diferentes. Y en este caso, previa reflexión sobre alguna de las cuestiones que deberán abordarse a la hora de encontrar la fórmula legal que mejor se adapte a la finalidad del cambio legislativo, fuera uno mínimamente corrector de los desajustes, en los términos que indica el TJUE o, por el contrario, mucho más profundo y de signo contrario al que hasta ahora define nuestro modelo legal de despido colectivo, asumiendo solo el estándar mínimo que fija la Directiva o con también mínimo matiz o elemento de mejora. Razones de seguridad jurídica para personas trabajadoras y empresarios son suficientes para reclamar también una decisión legislativa de ajuste normativo.

La finalidad de la Directiva de la UE, y, por ende, la de la norma interna de trasposición, es ambivalente. En el contexto de la libertad de empresa<sup>2</sup>, se deben conjugar equilibrada y proporcionalmente los derechos de los trabajadores y las cargas que la protección de esos derechos supone para las empresas.

La Directiva se orienta hacia una protección equiparable y a una equiparación de cargas para las empresas en el mecanismo de adopción de extinciones colectivas como garantía formal para los trabajadores a través del establecimiento de reglas procedimentales comunes y refuerzo de los derechos de información y consulta de los representantes de los trabajadores como impulso de garantía material<sup>3</sup>. En ello consiste la protección mínima que, no obstante, plantea la cuestión relativa a si hay realmente la equiparación u homogeneización que se pretende y, por tanto, si hay una armonización real por la Directiva, es decir, una regulación común y mínima para todos los Estados, atendiendo al artículo 288 TFUE (La Directiva «obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando sin embargo a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios»). Esta Directiva no pretende unificar sino aproximar legislaciones, necesitando del complemento normativo nacional, que ha de respetar los mínimos que exige la norma.

Desde esta perspectiva, y ausente hasta la fecha una revisión en profundidad del modelo «legal» español adaptado al acervo de la UE (Directiva y doctrina del TJUE, que, en respuesta a cuestiones prejudiciales, ha valorado la compatibilidad del modelo con la citada Directiva), se analizan a continuación algunas de las más importantes «adaptaciones jurisprudenciales» de nuestro ordenamiento jurídico en la interpretación de las reglas internas con fundamento en el principio de primacía del Derecho de la UE.

Bajo la premisa de que las diferencias apreciables (como se verá en las páginas siguientes) en la configuración del despido colectivo en la norma europea y en el ordenamiento laboral español no implican, en todo caso, una contradicción de ésta, la norma española, respecto de la Directiva.

En efecto, que haya diferencias no quiere decir que, en todo caso, la norma española no se adecúe a lo dispuesto en la Directiva. La norma comunitaria de mínimos, armonizadora desde la perspectiva procedimental, deja un margen de actuación a los Estados Miembros; esto es, salvaguarda, con límites, las mejoras nacionales, entre ellas, por ejemplo, la ausencia de exigencia de causas en la Directiva; el método de cálculo; o el parámetro temporal.

Lo que requiere de un análisis detenido de los principios generales de aplicación de la norma interna en relación con la Directiva, máxime cuando el art.5.<sup>a</sup> de la Directiva expresa que:

«La presente Directiva no afectará a la facultad de los Estados miembros de aplicar o de introducir disposiciones legales, reglamentarias o administrativas más favorables

---

2 STJUE de 21 de diciembre de 2016, C-201/15

3 Reglas que estaban ya previstas en el Convenio 158 OIT de 1982 sobre terminación de la relación de trabajo, ratificado, entre otros países, por España.

En la doctrina del TJUE, recuérdese la sentencia de 13 de mayo de 2015, C-182/13, Asunto Lyttle, apartado 43, en el que se afirma: «es preciso recordar que esta Directiva no solo pretende reforzar la protección de los trabajadores en caso de despidos colectivos sino también, por un lado, garantizar una protección comparable de los derechos de los trabajadores en los diferentes Estados Miembros y, por otro, equiparar las cargas que estas normas de protección suponen para las empresas de la Unión».

para los trabajadores o de permitir o de fomentar la aplicación de disposiciones convencionales más favorables para los trabajadores».

Por tanto, hay que determinar la *voluntas legislatoris* comunitaria en el supuesto concreto o materia concreta del régimen jurídico del despido colectivo y, en consecuencia, precisar si deja y en qué términos margen al legislador nacional, atendiendo además, al modelo legal nacional concreto y a la cuestión concreta analizada, evitando lecturas sesgadas o aplicación sin más de la resolución del TJUE al supuesto nacional planteado a otro ordenamiento jurídico que, atendiendo al margen que la Directiva deja, hubiera adoptado una medida diferente a la del Estado respecto del que se formula la cuestión prejudicial<sup>4</sup>. No puede, en definitiva, invocarse en términos generales el carácter más favorable de la norma legal interna, si la comunitaria establece en la materia concreta una regla indisponible para los Estados Miembros (o así lo interpreta el TJUE). No se puede decir, sin más, que la voluntad del legislador nacional en la trasposición de la Directiva es la de mejorar, en abstracto, la norma comunitaria atendiendo, también en abstracto, a una mayor protección o mayor garantía de los trabajadores.

Admitida la existencia, con carácter general, de un margen de apreciación de los Estados Miembros en la ejecución de la Directiva (en el previo análisis del supuesto concreto o materia concreta), nace la obligación del juez nacional de interpretar nuestro Derecho interno a la luz del texto y de la finalidad de la Directiva haciendo todo lo posible para llegar a un resultado en la resolución del conflicto planteado conforme con la norma de la UE en su aplicación del Derecho nacional. Se trata de interpretar el texto nacional, desde el comienzo, de conformidad con la Directiva —y con la jurisprudencia del TJUE— para alcanzar una solución adecuada a la letra y al objetivo perseguido por ésta. Y no como incorrectamente se ha producido en algunas ocasiones, utilizar el recurso de plantear la cuestión prejudicial para preguntar al TJUE por la interpretación del precepto de la Directiva, cuando, como decíamos, es esa precisamente la labor o función del juez interno en la interpretación de la norma interna a la luz de la de la UE. De lo contrario, el TJUE se convertiría en una instancia judicial más.

Por otro lado, la interpretación conforme tiene límites, y tal como se analizará en algunos de los supuestos, en ocasiones pudiera entenderse que fuera *contra legem*. La difícil imbricación entre el margen de apreciación de jueces y tribunales nacionales (que deben manejar los métodos nacionales de interpretación subordinados al de interpretación conforme, es decir, incorporando la finalidad perseguida por la Directiva entre los criterios hermenéuticos en la interpretación de las normas internas) y la primacía del Derecho de la UE, hace que el juez nacional pueda encontrarse en ocasiones en la difícil y difusa frontera entre la pura aplicación del Derecho de la UE y su eficacia interpretativa, generando, entonces, inseguridad jurídica e incertidumbre respecto de la que fuera solución homogénea a la cuestión planteada en posteriores conflictos y con carácter general. En efecto, si el juez nacional debe modular los métodos nacionales de interpretación, incluido el gramatical o textual, pudiera ocurrir que en alguna ocasión la interpretación conforme condujera a una interpretación *contra legem* de la norma nacional y, en consecuencia, que el juez se extralimitara en su actividad jurisdiccional y se arrogara funciones propias del legislador. Interpretación *contra legem* que es un límite impuesto por la jurisprudencia comunitaria a la operatividad del principio de interpretación conforme, de modo que podrá utilizarse siempre que la norma nacional aplicable al caso permita, admita o consienta un margen de apreciación, para cumplir con las exigencias de seguridad jurídica.

---

4 Ver TJUE sentencia de 13 de julio de 2023, C-134/22, cdo.25

Límite que también ha de aplicarse a la actuación del propio TJUE cuando trate de imponer una interpretación conforme allí donde no pudiera existir margen para la misma en el Derecho interno. Lo que ocurre, ciertamente, en numerosas ocasiones cuando el juez o tribunal nacional proponente de la cuestión pregunta al TJUE por aquello que el órgano judicial proponente quiere que le diga o le conteste y más aún cuando el recurso al sistema de justicia multinivel se utiliza para manifestar la disconformidad interpretativa con el Tribunal Supremo<sup>5</sup>. Hasta el punto de aducirse, no sin razón, si no un uso torticero, sí al menos oblicuo de la cuestión prejudicial, con la consecuencia de que el régimen actual en materia de despidos colectivos se encuentra sumido en el caos con la inestimable colaboración del legislador<sup>6</sup>.

## II. La conceptualización amplia del despido colectivo

### 2.1.- El presupuesto causal negativo del despido colectivo en la Directiva europea

La actual comprensión amplia de los presupuestos causales inherentes a la figura del despido colectivo, como consecuencia de la interpretación conforme a la Directiva del apartado 1 del artículo 51 del ET, conlleva que resulte mucho más sencilla la superación de los umbrales de las extinciones contractuales exigidas para la catalogación de un despido como colectivo. Desde esta perspectiva, la adecuada conceptualización de la institución se nos presenta como una primera tarea ineludible.

En este contexto, debemos recordar que la doctrina judicial y la jurisprudencia mantuvieron tiempo atrás una interpretación restrictiva en relación con el presupuesto causal habilitante para la catalogación de un despido como colectivo, lectura condicionada sin duda por el tenor literal del párrafo primero del artículo 51.1 del ET al vincular la figura en exclusiva a la constatación de las causas económicas, técnicas, organizativas o productivas, resultando exigible la concurrencia del triple elemento numérico, temporal y causal<sup>7</sup>.

No es sino hasta la altura del año 2012, cuando comienza a emerger en la jurisprudencia del TS una concepción más amplia del despido colectivo, en la que el elemento causal tiende a «abrirse» a todas las extinciones contractuales efectuadas por motivos no inherentes a la persona del trabajador distintos de los previstos en el párrafo c) del apartado 1 del art. 49

---

5 SANCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: «La sucesión de plantillas como factor determinante de la transmisión de empresas», en VV.AA. (Dir. GARCÍA MURCIA, J.), *Transmisión de Empresa y Sucesión en el desarrollo de Actividades Empresariales*, Editorial Aranzadi, Thomson Reuters, 1.ª edición, año 2019, p. 139.

6 DURÁN LÓPEZ, F.: «Jueces españoles y jueces europeos: el caos de los despidos colectivos. El abuso de las cuestiones prejudiciales, una regulación deficiente y el desconocimiento del Tribunal de la UE siembran la confusión en esta materia», publicado en el diario Cinco Días de fecha 26 de noviembre de 2020, [https://cincodias.elpais.com/cincodias/2020/11/25/opinion/1606332633\\_051602.html#](https://cincodias.elpais.com/cincodias/2020/11/25/opinion/1606332633_051602.html#)

7 STS de fecha 22 de enero de 2008, recurso 806/2007, F.J. 3.º y 4.º, cuyo criterio es seguido de manera reiterada en otras resoluciones, por ejemplo, STS de 30 de septiembre de 2008, recurso 4050/2006.

del ET<sup>8</sup>. Como ya tuvimos ocasión de exponer en otro lugar<sup>9</sup>, nuestro Alto Tribunal se plantea por primera vez si la declaración de nulidad prevista en la norma por no haberse seguido los trámites legales exigidos para los despidos colectivos se produciría de una manera automática en los supuestos de superación de los umbrales numéricos, con independencia de que esos ceses se hubieran producido por causas relacionadas con una pretendida conclusión o terminación de la actividad contratada. A partir de este momento, el Supremo reconoce sin ambages que el elemento causal aparece mucho más atenuado en el art. 1 de la Directiva 98/59/CE que en la regulación contenida en el art. 51 ET, con la consecuente divergencia entre la regulación estatal y comunitaria. En estos términos, una limitación de los despidos a los de índole estructural, tecnológica o coyuntural, sin ampliar el concepto a los despidos por los motivos no inherentes a la persona de los trabajadores de conformidad con la regulación contenida en la Directiva, conduciría a una indebida aplicación de las obligaciones comunitarias desde la perspectiva de la primacía del Derecho comunitario, integrándose en consecuencia a partir de ese momento en el concepto de despido colectivo cualquier extinción del contrato de trabajo no pretendida por el trabajador y, en consecuencia, sin su consentimiento.

Como consecuencia del giro interpretativo, el elemento cuantitativo —numérico y temporal— se constituye a partir de ese momento en el presupuesto determinante a los efectos de la catalogación de un despido como colectivo, precipitándose el cambio jurisprudencial en una lectura integrada de los párrafos primero y quinto del art. 51.1 ET de conformidad con lo prevenido en el art. 1.1 a) de la Directiva 98/59, que sólo exige que se trate de «motivos no inherentes a la persona del trabajador». Siendo así, del ámbito del despido colectivo tan solo se excluirán las extinciones por motivos inherentes a la persona del trabajador, entre ellos, los derivados de la conducta en el orden disciplinario y las que se produzcan por cumplimiento del término<sup>10</sup>.

No hubo que esperar mucho tiempo a que el TJUE zanjara definitivamente el debate resolviendo la cuestión prejudicial planteada por un Juzgado de lo Social español, que directamente preguntaba acerca de la adecuación o no del concepto del despido colectivo del art. 51.1 párrafo primero ET al artículo 1, apartado 1, párrafo 1, letra a) de la Directiva 98/59<sup>11</sup>. Una vez más, y como vamos a tener ocasión de comprobar a lo largo de este trabajo, el «diálogo» entre la jurisprudencia europea y nuestra doctrina judicial interna, termina por «forzar» el cambio de criterio en nuestro Tribunal Supremo que, en interpretación conforme de la Directiva, en muchos de los casos, se ve obligado a intervenir para adaptar su criterio.

Así, el Tribunal de Luxemburgo va a concluir de manera taxativa en el sentido de que la Directiva 98/59 se oponía a una disposición de Derecho nacional que limitaba el alcance del concepto del despido colectivo restringiéndolo única y exclusivamente a las extinciones de contratos de trabajo fundadas en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, al entenderse comprendidas dentro del concepto de despido cualesquiera extinciones del contrato de trabajo no deseadas por el trabajador y, en consecuencia, sin su consentimiento, debiendo asimismo interpretarse los términos «por motivos no inherentes a la persona del trabajador» igualmente en sentido amplio. Como puso de manifiesto el propio Abogado General

---

8 STS 3 de julio de 2012, recurso 1657/2011, F.J. 3.º, criterio seguido en STS de fecha 8 de julio de 2012, recurso 2341/2011.

9 DE CASTRO MARÍN, E.: *El despido Colectivo «de Hecho». Aspectos controvertidos en la aplicación práctica del Art. 51.1 ET*, Thomson Reuters Aranzadi, Madrid 2018, págs. 25 y ss.

10 STS de 25 de noviembre de 2013, recurso 52/2013, F.J. 5.º.

11 STJUE de 13 de mayo de 2015, Asunto C-392/13, «Rabal Cañas».

del Tribunal, al revestir el concepto de despido colectivo alcance comunitario, debía interpretarse en el sentido de que englobara cualquier extinción del contrato de trabajo no deseada por el trabajador y, en consecuencia, sin su consentimiento. Las conclusiones del Abogado General no hacían sino corroborar la conceptualización amplia del despido a los efectos de la Directiva 98/59 reiterada con anterioridad en la propia jurisprudencia del Tribunal Europeo<sup>12</sup>.

Como no podría ser de otra manera, nuestra jurisprudencia interna asume en posteriores resoluciones la doctrina del TJUE, constituyéndose a partir de entonces el elemento cuantitativo y el temporal en los presupuestos determinantes, si bien unidos a un elemento cualitativo concierne a los motivos de la medida y definido simplemente por la vía negativa<sup>13</sup>. Este modelo, más amplio conceptualmente hablando, no es sino la consecuencia de que la Directiva no impone ni establece la causalidad específica del despido, al no concretar específicamente los motivos que justifican la decisión extintiva<sup>14</sup>. En todo caso, y como vamos a tener oportunidad de comprobar en los siguientes epígrafes, los problemas interpretativos no van a acabar aquí, más bien lo contrario.

Así, esta definición negativa del elemento causal en la Directiva, excediendo la restricción de la aplicación de la institución a las causas ETOP, no va a estar exenta de dudas a la vista de la inconcreción en la redacción de la norma, pues, no va a resultar nada sencillo concluir en ocasiones cuando nos encontraremos ante una extinción del contrato por motivos no inherentes a la persona del trabajador. Más allá incluso, aún dentro del terreno de las extinciones por motivos no inherentes a la persona del trabajador, no todas las extinciones de contratos de trabajo se van a situar al mismo nivel en la norma a los efectos de la aplicación del procedimiento colectivo regulado en la Directiva, toda vez que el legislador comunitario diferencia entre los denominados despidos «en sentido fuerte» o «verdaderos» y las meras «extinciones asimiladas»<sup>15</sup>, aplicando las garantías únicamente en el primer escenario. Diferenciación ésta que, con matices, se traslada a la regulación legal en nuestro ordenamiento interno. Es esta una consecuencia inherente a un modelo de control de la validez y eficacia de las normas nacionales basado en el principio de interpretación conforme, calificado como «modelo de control difuso», a veces conflictivo pero ineludible. En este sentido, esta concepción más flexible del presupuesto causal resulta en buena medida coherente con los objetivos de la Directiva, desde la simple perspectiva de que se limita sobremanera de forma efectiva el recurso a medidas efectuadas en fraude de ley canalizadas con el único objetivo de escapar del ámbito de aplicación de la Directiva. Señaladamente, nos referimos al sistemático recurso a la exteriorización formal de decisiones extintivas al amparo de otras causas diferentes a las ETOP cuando, materialmente, debieran haberse articulado por la vía del artículo 51 ET. Actuaciones éstas que, en su momento, condujeron a que desde cierto sector doctrinal se propusiera una lectura de la norma en la que primara la realidad material subyacente de los despidos, esto es, sus causas reales<sup>16</sup>.

12 STJUE de 12 de octubre de 2004, asunto C-55/02, Comisión contra Portugal, apartado 49, en STJUE de 7 de septiembre de 2006, asuntos acumulados C-187/05 y C-190/05, apartado 28; o, con posterioridad, en STJUE de 11 de noviembre de 2015, asunto C-422/14, apartado 48.

13 STS 441/2016, de 18 de mayo de 2016, recurso 2919/2014, F.J. 3.º apartado 4.

14 MONEREO PÉREZ, J.L. y ORTEGA LOZANO, P.G.: «Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y su cómputo para el despido colectivo en caso de posterior extinción contractual (STJUE de 21 de septiembre de 2017, asunto C-429/16: Ciupa y otros y C-149/16: Socha y otros), *La Ley Unión Europea*, n.º 54, 31 de diciembre de 2017, Editorial Wolters Kluwer, pág. 6 de 41.

15 DESDENTADO BONETE, A.: «La delimitación legal del despido colectivo. El despido colectivo de hecho», en GODINO REYES, M (Dtor): *Tratado de Despido Colectivo*, tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pág. 36.

16 BLASCO PELLICER, A.: *Los expedientes de regulación de empleo*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, año

## 2.2.- La naturaleza de las extinciones contractuales: despidos en sentido estricto vs extinciones asimiladas vs resto de extinciones

### 2.2.1. El concepto de despido en sentido propio y de extinciones asimiladas en la lectura tradicional de la Directiva

El legislador comunitario diseña en la Directiva un procedimiento en materia de despidos colectivos que se reside de partida en la diferenciación entre los que se denominan «despidos en sentido propio» y los «despidos por equiparación» o extinciones asimiladas. Distinción que lleva implícita la diferenciación entre estos dos tipos y los que podemos calificar como resto de extinciones contractuales. Estas diferencias, con matices, se han trasladado a nuestro ordenamiento interno en la trasposición de la Directiva.

En este modelo, las extinciones asimiladas van a servir de referencia junto a los despidos en sentido propio a los meros efectos del cómputo de los umbrales exigidos para la tramitación de un despido como colectivo, pero no les será de aplicación las garantías del procedimiento de información y consultas y las obligaciones de comunicación a la autoridad laboral previstas para los despidos en sentido estricto, —considerando 8 de la Directiva—. El resto de extinciones del contrato, ni van a computar, ni se les van a aplicar las garantías del procedimiento. Buena prueba de que hablamos de supuestos diferentes, la exigencia de, al menos, cinco despidos en sentido estricto en el período de referencia para la aplicación del procedimiento de despido colectivo previsto en la Directiva. Siendo así, la correcta diferenciación entre unas y otras extinciones del contrato se constituye en el presupuesto determinante para la tramitación del despido, y gran parte del problema deriva de la indefinición de la norma en la clarificación de lo haya de entenderse por unas y otras extinciones contractuales.

En esta dicotomía entre los despidos en sentido fuerte y las meras extinciones asimiladas, el Tribunal Europeo ha venido diferenciando tradicionalmente un tipo de extinción y otros por motivos no inherentes a la persona del trabajador en función de la existencia o no de consentimiento del trabajador<sup>17</sup>. En este sentido, el concepto de despido en sentido propio, de alcance comunitario, referiría —tal y como reiteradamente expresa a partir de entonces<sup>18</sup>— a cualquier extinción del contrato de trabajo no pretendida o deseada por el trabajador y, en consecuencia, sin su consentimiento; no exigiéndose que las causas subyacentes correspondieran a la voluntad del empresario. Se trata, en definitiva, de un concepto propio del Derecho de la UE, que «no puede ser definido mediante remisión a las legislaciones de los Estados miembros».<sup>19</sup> Criterio éste recepcionado de forma expresa por nuestra jurisprudencia interna<sup>20</sup>.

---

2009, págs. 29 y ss: «las extinciones serían computables no en razón de su apariencia formal, sino en atención a la realidad material subyacente indicando que lo decisivo no es el cauce formal por el que la extinción se produce sino las causas reales que lo hayan provocado».

17 STJUE de 12 de octubre de 2004, Sala Segunda, asunto C-55/02, «Comisión frente a Portugal», apartado 56

18 STJUE de 7 de septiembre de 2006, asuntos acumulados C-187/05 y C-190/05, apartado 28.

19 Apartado 48 de la STJUE de 11 de noviembre de 2015, asunto C-422/14, «Pujante Rivera».

20 STS 441/2016, de 18 de mayo de 2016, recurso 2919/2014, F.J. 3.º apartado 4.

En este contexto, en el que la extinción del contrato de trabajo se consideraba como presupuesto inexcusable para la aplicación de la Directiva, ya desde antiguo existió un interesante debate entre sectores doctrinales en torno o no al cómputo de las denominadas como extinciones contractuales «indirectas» a instancia del trabajador en supuestos de resoluciones del contrato de trabajo efectuadas como consecuencia de determinadas decisiones empresariales<sup>21</sup>. En todo caso, el debate sobre el cómputo o no se ceñía en todo momento a la resolución del contrato instada con posterioridad a la modificación por parte del trabajador, no a la modificación en sí misma considerada. O, en su caso, a la resolución indemnizada del contrato de trabajo a instancias del trabajador tras incumplimientos empresariales ex artículo 50 ET. Extinción posterior del contrato que se convertía en el presupuesto inexcusable para la aplicación de la Directiva en una conclusión lógica a resultas de una interpretación literal de la Directiva.

En todo caso, la cuestión se complica sobremanera a partir de determinadas resoluciones del Tribunal de Luxemburgo en las que se procede a efectuar una lectura amplia con respecto a lo que debe entenderse por extinciones del contrato a los efectos de la aplicación de la Directiva, interpretación que, a nuestro juicio, resulta enormemente controvertida, como ya hemos tenido ocasión de precisar en otro lugar<sup>22</sup>.

### 2.2.2.. La controvertida lectura expansiva del Tribunal de Luxemburgo

Como punto de partida, el panorama interpretativo comienza a experimentar un giro importante a partir de determinada resolución del Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictada a propósito de cuestión prejudicial planteada desde determinado Juzgado de lo Social en España a resultas de la cual, el órgano judicial remitente, preguntaba al Tribunal Europeo si una extinción contractual acordada entre el empresario y el trabajador, a iniciativa de este último, como consecuencia de una previa modificación de condiciones de trabajo por causa de crisis empresarial, e indemnizada con un importe equivalente al despido improcedente, podía comprenderse dentro del concepto de las extinciones asimiladas definidas en el último párrafo del artículo 1, apartado 1, de la Directiva 98/59<sup>23</sup>.

A pesar de la claridad en los términos del planteamiento, el Tribunal Europeo responde a la cuestión prejudicial en el sentido de que el hecho de que un empresario procediera unilateralmente y en perjuicio del trabajador a una modificación sustancial de elementos esenciales del contrato de trabajo por motivos no inherentes a su persona, quedaba comprendido en el concepto de despido utilizado en el artículo 1, apartado 1, párrafo primero, letra a), de dicha Directiva. Lo que, a nuestro juicio, excede los límites del debate planteado.

A partir de este momento, comienzan a plantearse algunos interrogantes, por ejemplo, si sería necesaria la posterior resolución contractual o, por el contrario, si la mera modificación

---

21 Pueden consultarse esas opiniones doctrinales en DE CASTRO MARÍN, E.: *El despido Colectivo «de Hecho»...*, cit., , págs. 37 y ss.

22 DE CASTRO MARÍN, E.: «Despido colectivo: ¿Puede constituir una modificación sustancial de las condiciones de trabajo un supuesto de despido en sentido propio a los efectos de la aplicación de la Directiva 98/59/CE?», en AAVV, *Estudios sobre Jurisprudencia Europea II, Materiales del III Encuentro anual del Centro español del European Law Institute*, (Directores RUDA GONZÁLEZ, A. y JEREZ DELGADO, C.), Volumen II, Ed. SEPIN, Madrid, año 2020, ISBN 978-84-18247-67-5, págs. 967 a 984.

23 STJUE, Sala Primera, de 11 de noviembre 2015, en asunto C-422/14, «Pujante Rivera».

debería asimilarse al concepto de despido, aun cuando no hubiera posterior rescisión. O si la solución adoptada sería aplicable exclusivamente en los supuestos del art. 41 ET o también en los del 50 ET. No obstante, a estas alturas del debate, julio de 2017, el Tribunal Supremo calificaba como extinciones computables a los ceses producidos como consecuencia de decisiones de traslado o de modificación sustancial de las condiciones de trabajo, en cuanto que las extinciones *«no derivan de la voluntad del trabajador sino de la alteración sustancial del contrato por voluntad unilateral del empresario o fruto de un acuerdo con la representación de los trabajadores, pero en cualquier caso por motivos no inherentes a la persona del trabajador»*<sup>24</sup>. Por lo tanto, en el seno del Alto Tribunal, no se discutía por tanto la necesidad de una resolución contractual, pues lo que se calificaba como extinción asimilada era el posterior cese del trabajador, nunca la mera modificación contractual.

En todo caso, parecía que el Tribunal Europeo había querido ir más allá tras «Pujante Rivera», como se confirma tras sendas sentencias de septiembre del año 2017 en los asuntos «Ciupa»<sup>25</sup> y «Socha»<sup>26</sup>, resoluciones en las que se considera a la mera modificación como un supuesto de despido en sentido propio a los efectos de la aplicación de las garantías establecidas en la Directiva. Así, el Tribunal Europeo se reafirma en la conclusión ya apuntada en «Pujante Rivera», concluyendo nuevamente en el sentido de que, una modificación sustancial de elementos esenciales del contrato de trabajo por motivos no inherentes a la persona del trabajador, constituye un supuesto de despido en sentido propio de los referidos en el artículo 1, apartado 1, párrafo primero, letra a) de la Directiva 98/59/CE. Por el contrario, la decisión empresarial unilateral y en perjuicio del trabajador de proceder a una modificación no sustancial de un elemento esencial del contrato de trabajo por motivos no inherentes a la persona del trabajador, o a una modificación sustancial de un elemento no esencial de dicho contrato por los mismos motivos, no podría calificarse como un supuesto de «despido en sentido propio», sin perjuicio de la calificación de la posterior resolución contractual como «extinción asimilada»<sup>27</sup>. Como podemos deducir, el panorama interpretativo cambia radicalmente a partir de estas conclusiones, pues pudiera conducir a la necesidad de aplicar el procedimiento previsto en el artículo 51 ET en el supuesto de simples decisiones de flexibilidad interna pues, a juicio del Tribunal Europeo, *«En la medida que en el momento que se adoptan decisiones «novatorias», se desconoce si el trabajador optará por resolver el contrato, si se*

24 STS 634/2017, de 14 de julio de 2017, recurso 74/2017, F.J. 9.º, que reproduce literalmente el criterio en la STSJ PV de 19 de diciembre de 2016, recurso 41/2016.

25 Considerando 27 de la STJUE de 21 de septiembre de 2017, en asunto C-429/16, —«Ciupa»—: *«27.- En cuanto al concepto de «despido», enunciado en el artículo 1, apartado 1, párrafo primero, letra a), de la Directiva 98/59, el Tribunal de Justicia ha declarado que esta Directiva 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 este concepto (sentencia de 11 de noviembre de 2015, Pujante Rivera, C-422/14, EU:C:2015:743, apartado 55)».*

26 Considerando 25 de la STJUE de 21 de septiembre de 2017, en asunto C-149/16, —«Socha»—: *«25.- Por lo que respecta al concepto de «despido» contemplado en el artículo 1, apartado 1, párrafo primero, letra a), de la Directiva 98/59, el Tribunal de Justicia ha declarado que esta Directiva 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 ese concepto (sentencia de 11 de noviembre de 2015, Pujante Rivera, C-422/14, EU:C:2015:743, apartado 55).»*

27 F.J 28 y 26 en las Sentencias Asunto «Ciupa» y «Socha» respectivamente.

*«intuye» que pueden superarse los umbrales del despido colectivo a la luz de la doctrina comunitaria, lo más prudente es, a los efectos del procedimiento, abordarlas como si de un despido colectivo se tratara».*

Desde luego que la conclusión del Tribunal es absolutamente trascendente. Y, a nuestro juicio, enormemente controvertida. En primer lugar, y a propósito de la respuesta dada en relación con la cuestión prejudicial planteada en «Pujante Rivera», porque el Tribunal Europeo altera total y absolutamente en su respuesta el debate planteado en la cuestión prejudicial, hasta el punto de convertirlo en una respuesta a algo que ni siquiera se le había planteado, como la propia Abogada General reconoce abiertamente en sus conclusiones, infringiendo con ello una consolidada jurisprudencia europea en la que se mantiene que el Tribunal se encuentra obligado a resolver atendiendo a las premisas de la resolución de remisión<sup>28</sup>, incumpliendo de este modo su deber de basarse en las calificaciones resultantes de la cuestión prejudicial de remisión y extendiendo el conflicto a cuestiones que no se le habían planteado en ningún momento desde el órgano judicial remitente<sup>29</sup>. En segundo término, porque el contexto en el que se desenvuelven las cuestiones prejudiciales planteadas en los asuntos «Ciupa» y «Socha», nada tiene que ver con el contexto en relación con lo planteado en el asunto «Pujante Rivera»: esencialmente, muy dispar regulación en el Derecho polaco de las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo y sus efectos con respecto a la regulación en el Derecho español<sup>30</sup>. Desde esta simple perspectiva, resulta cuestionable trasladar sin más la cuestión en los términos resueltos en «Ciupa» y «Socha» a nuestro ordenamiento jurídico. Por estos motivos, no compartimos el criterio de que una modificación sustancial de una condición esencial del contrato de trabajo pueda conceptuarse como un despido en sentido estricto a los efectos de la aplicación de la Directiva; ni tan siquiera, en su caso, como una extinción asimilada a los efectos de cómputo, pues no resulta ni mucho menos previsible que el trabajador pudiera extinguir con posterioridad el contrato de trabajo de conformidad con lo previsto en el artículo 41 del ET. Más aún cuando la rescisión indemnizada posterior del contrato ni se prevé para todos los supuestos en la Ley, ni está exenta de la justificación del perjuicio sufrido por el trabajador como consecuencia de ella en todos los casos. Pudiera ser que esta lectura tuviera cabida en el caso de la regulación de la normativa interna en Polonia, pero no es éste el escenario en España. Además, creemos conveniente recordar que nuestro ordenamiento jurídico interno ya prevé un procedimiento de información y consulta para los supuestos de la puesta en marcha de medidas colectivas de flexibilidad interna consistentes en modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, o de traslados, en una regulación muy similar a la de la Directiva en materia de despidos colectivos. Por lo tanto, desde esta simple perspectiva, el efecto útil de la Directiva en lo relativo a los derechos de información y consulta en medidas colectivas, no creemos que pudiera servir como pretexto para trasladar esta interpretación expansiva al hilo del supuesto planteado en Polonia al Derecho español.

A mayor abundamiento, nos parece que carece de toda lógica concluir que una modificación sustancial se predique como un supuesto de despido en sentido estricto mientras que

---

28 Asuntos acumulados C-128/10 y C-129/10 resueltos mediante STJUE de 17 de marzo de 2011, considerando 40.

29 Considerando 25 de la STJUE de 20 de octubre de 2005, en asunto C-511/03.

30 En concreto, art. 42 del Código Laboral Polaco —Kodecs Pracy— aprobado por la Ley de 26 de junio de 1974 (Dz. U. de 1974, n.º 24, proposición 141), que en su apartado 3 establece que, en caso de que el trabajador se niegue a aceptar las condiciones de trabajo propuestas, el contrato de trabajo quedará rescindido al llegar a su término el plazo establecido para el despido.

la posterior resolución contractual indemnizada del contrato de trabajo se califique como una mera extinción asimilada a estos efectos. Más allá aún, que la posible posterior rescisión del contrato de trabajo tras modificaciones no sustanciales de elementos esenciales, o tras modificaciones sustanciales de elementos no esenciales, tengan la consideración de extinciones asimiladas: en el primer caso, porque las modificaciones no sustanciales nunca podrán derivar en una posterior resolución contractual indemnizada en nuestro modelo de relaciones laborales; en el segundo escenario, porque la institución de la modificación sustancial de condiciones de trabajo se residencia en la sustancialidad de la modificación, no en la sustancialidad de la condición de trabajo modificada, esto es, en que sea esencial o no. Por estos motivos, y sin perjuicio de opiniones mejor fundadas en Derecho, discrepamos abiertamente del traslado de la conclusión alcanzada por el Tribunal Europeo en «Ciupa» y «Socha» al ordenamiento laboral español<sup>31</sup>.

### 2.2.3. Sobre la calificación de determinadas decisiones empresariales

Sin perjuicio de que, por elementales razones de espacio, no podemos extendernos más allá de lo que sería deseable, resulta inexcusable finalizar este epígrafe dedicado a la naturaleza de las extinciones contractuales a los efectos del despido colectivo haciendo siquiera una breve referencia a algunas de las decisiones empresariales más habituales en este contexto, a menudo no exentas de importantes dosis de inseguridad jurídica.

Como punto de partida, y al margen de la lectura amplia del Tribunal Europeo para las meras modificaciones sustanciales como supuestos de despido en sentido estricto, que no compartimos como acabamos de referir, para la diferenciación entre unas u otras decisiones como supuestos de despidos en sentido propio o extinciones asimiladas, debemos tomar como referencia el criterio aludido que diferencia entre uno y otro tipo de extinciones de contratos por motivos no inherentes a la persona del trabajador en función de la existencia o no de consentimiento. Por lo tanto, y con los matices que ya conocemos, parece que la voluntariedad en la toma de la decisión extintiva debería jugar un papel protagonista.

Ahora bien, dicho esto, resulta importante destacar también que, en ocasiones, por mucho que la resolución del contrato se instara formalmente por el trabajador, ésta vendría materialmente condicionada por decisiones previas de la empresa, bien por incumplimientos empresariales previos, en resoluciones de contratos «mayores», bien como reacción a opciones de gestión empresarial en supuestos de flexibilidad interna, en resoluciones de contratos «menores», condicionantes que deben ser tenidos en cuenta a estos efectos para flexibilizar la exigencia del consentimiento del trabajador como presupuesto para la catalogación de unas u otras decisiones.

Comenzando por lo más sencillo, supuestos de finalización de contratos temporales, la Directiva parte de una regulación en la que, expresamente, se excluye de su aplicación a los contratos de trabajo celebrados por una duración o para una tarea determinadas. En esta línea, la extinción conforme a derecho de los contratos temporales correctamente formaliza-

---

31 DE CASTRO MARÍN, E.: «Despido colectivo: ¿Puede constituir una modificación sustancial de las condiciones de trabajo un supuesto de despido en sentido propio a los efectos de la aplicación de la Directiva 98/59/CE?», en AAVV, *Estudios sobre Jurisprudencia Europea II, Materiales del III Encuentro anual del Centro español del European Law Institute*, (Directores RUDA GONZÁLEZ, A. y JEREZ DELGADO, C.), Volumen II, Ed. SEPIN, Madrid, año 2020, ISBN 978-84-18247-67-5, págs. 967 a 984.

dos se excluiría del cómputo. En todo caso, esta exclusión conlleva que, *a sensu contrario*, resulte necesaria su inclusión entre las extinciones computables por motivos no inherentes al trabajador en supuestos de concertación fraudulenta del contrato temporal o en los de finalización del contrato con anterioridad a su llegada a término. Existe en todo caso alguna voz doctrinal discrepante que propugna la exclusión sólo para el supuesto de contratos de interinidad<sup>32</sup>. En todo caso, no es éste el criterio en la jurisprudencia, en la que sólo el fraude o la finalización *ante tempus* se constituyen en los criterios determinantes<sup>33</sup>, en línea con los objetivos pretendidos en la Directiva. Así, de declararse el carácter fraudulento o la finalización antes de su llegada a término, la extinción se calificaría como un supuesto de despido en sentido estricto, no como una extinción asimilada.

Parecida conclusión para los supuestos de despidos disciplinarios. En el escenario de reconocimientos empresariales de improcedencia, y por mucho que existiera algún tipo de transacción judicial o extrajudicial, abogamos por una lectura en la que se incluyera a estos despidos como supuestos de despido en sentido estricto. En estos escenarios, el reconocimiento empresarial de la improcedencia del despido, alteraría la naturaleza de la decisión extintiva a estos efectos, pasando a convertirse en una extinción por motivos no inherentes a la persona del trabajador y, por tanto, computable como despido en sentido estricto, desde la perspectiva de que la extinción contractual lo habría sido sin el consentimiento del trabajador. En primer lugar, porque el propio reconocimiento empresarial de la improcedencia determinaría la imposibilidad de considerar a la extinción como efectuada por un motivo inherente a la persona del trabajador. En segundo término, porque en muchas de estas ocasiones, la extinción contractual raya con la figura del fraude de ley, al recurrirse al trámite formal del despido disciplinario únicamente como vía para la elusión del procedimiento del despido colectivo<sup>34</sup>, circunstancia ésta que, no obstante, se debería acreditar por la parte que se entendiera perjudicada por la decisión empresarial. En el escenario de transacción judicial o extrajudicial, la jurisprudencia del Supremo se viene mostrando categórica en estos supuestos al concluir en el sentido de que la existencia de la transacción no altera la naturaleza del despido<sup>35</sup>. El argumento es sencillo, la existencia del pacto sólo actuaría para poner fin al pleito provocado por la decisión empresarial, sin que se alterara la naturaleza de la decisión empresarial.

En el caso de despidos por causas objetivas al amparo del artículo 52 c) ET, causas ETOP, y puesto que la extinción contractual responde a un motivo no inherente a la persona del trabajador y sin su consentimiento, no pueden sino calificarse como supuestos de despidos en sentido estricto, sin que, a estos efectos, una posible transacción posterior desvirtuara la naturaleza del despido<sup>36</sup>. De este modo, los supuestos extintivos del 52 c) ET computarían con independencia de su declaración judicial como procedentes o improcedentes. Idéntica conclusión, en su caso, en el supuesto previsto en el artículo 52 e) ET, insuficiencia presupuestaria, así como en los supuestos de fuerza mayor. Por el contrario, en el escenario de

---

32 CABEZA PEREIRO, J.: «La última jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en torno a la Directiva de despidos colectivos: un problema de conceptos y de políticas legislativas», *Trabajo y Derecho*, n.º 10, octubre 2015, Editorial Wolters Kluwer.

33 STS de 7 de abril de 2015, recurso 228/2014, F.J. 3.º.

34 F.J. 4.º de la STS 155/2013, de 4 de septiembre de 2013, recurso 240/2013.

35 F.J. 4.º de la STS de 25 de noviembre de 2013, recurso 52/2013.

36 F.J. 3.º apartado 2 de la STS de 18 de noviembre de 2014, recurso 65/2014, en la que se sigue el criterio mantenido por la misma Sala en sus SSTS de 25 y 26 de noviembre de 2013, en recursos 52/2013 y 334/2013 respectivamente.

extinciones de contratos de trabajo al amparo de lo prevenido en los apartados a) y b) del artículo 52 ET, al responder la extinción a motivos inherentes al trabajador, y a salvo declaración de improcedencia, quedarían excluidos. Y ello por mucho que en el caso de falta de adaptación a los cambios la cuestión pudiera presentar algunos matices.

En el supuesto de las denominadas resoluciones del contrato «menores» tras decisiones empresariales de flexibilidad interna, nos encontraríamos, a nuestro juicio, ante resoluciones contractuales por motivos no inherentes a la persona del trabajador, pero con su consentimiento; de hecho, lo son a instancias del trabajador. Por lo tanto, deberían catalogarse como extinciones asimiladas a los efectos del cómputo, no como despidos en sentido estricto. Con algunas dudas, la misma conclusión para el supuesto de resolución de contratos «mayores» ex artículo 50 ET como consecuencia de previos incumplimientos graves empresariales. Aquí la conclusión resulta más discutible, pues nos encontramos ante un incumplimiento grave previo del empresario, por lo que, a pesar de existir consentimiento, desde luego éste resulta sin duda alguna mucho más condicionado.

Descendiendo a las resoluciones de contratos de trabajo por mutuo acuerdo, en el escenario de que materialmente lo fueran, y que no respondieran a un previo interés empresarial en la resolución del contrato, a menudo acompañada de algún tipo de contraprestación para el trabajador, quedarían excluidas del cómputo por motivos obvios. Sin embargo, y por mucho que la decisión se canalizara formalmente por mutuo acuerdo, en el contexto de bajas incentivadas en procesos de reestructuraciones empresariales no canalizadas formalmente como despidos, su no catalogación como despidos en sentido estricto o como extinciones asimiladas resulta cuestionable. Más aún cuando la realidad demuestra que estas bajas, habitualmente, resultan condicionadas desde las empresas pues, lo que formalmente se presenta como mutuo acuerdo, en su origen no dejaría de ser una decisión unilateral del empresario a la que el trabajador, en la mayor parte de las ocasiones, no podría sino adherirse. Así pues, en el supuesto de que las bajas tuvieran su origen en el interés de la empresa y no en la conducta o en circunstancias del trabajador, su consideración a los efectos de cómputo no parece discutible<sup>37</sup>. Es el caso resuelto muy recientemente en la jurisprudencia del Supremo a propósito del conocido despido colectivo de hecho en Wizink Bank S.A. y Wizink Gestión S.L., en el que se concluye a favor del cómputo como extinciones asimiladas de siete bajas canalizadas formalmente como voluntarias, pero materialmente inducidas desde la empresa<sup>38</sup>. Con parecida fundamentación, en el escenario de traslados de trabajadores a otras empresas del mismo grupo, deben ser computados como extinciones contractuales por causas no inherentes a la persona del trabajador, primero, porque parten de una iniciativa empresarial, en segundo término, porque obedecen a un cálculo empresarial en virtud del cual se prevé una menor carga de trabajo en la empresa demandada que se corresponde con una correlativa demanda de mano de obra en las empresas del mismo grupo donde los trabajadores son traspasados, tercero, porque las recolocaciones deberían haber sido objeto de debate en un período de consultas de conformidad con lo prevenido en la normativa legal y su reglamento de desarrollo<sup>39</sup>. Misma conclusión tras adscripción voluntaria a un ERE: en este sentido *«La adscripción a las medias pactadas en un ERE es voluntaria, pero la causa de la extinción del contrato es el ERE, basado en causa económica, organizativa o productiva, y por tanto involuntaria, sea cual sea la formalización que haya realizado la empresa. En consecuencia se estima que las bajas*

---

37 STS CA 2/2018, de de enero de 2018, recurso 3055/2015, F.J. 2.º.

38 STS 558/2023, de 19 de septiembre de 2023, recurso 61/2023.

39 SAN 54/2024, de 14 de mayo de 2024, recurso 52/2024, F.J. 5.º.

*mediante Prejubilaciones habidas con ocasión del ERE tienen carácter de involuntarias, realizadas de conformidad con el art. 51 del Estatuto de los Trabajadores»*<sup>40</sup>. En todos estos supuestos, al venir el consentimiento del trabajador claramente condicionado por la voluntad de la empresa de proceder a la extinción de los contratos de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o productivas, en una lectura integrada de la norma, la interpretación más lógica debería ser la de otorgar la mayor protección a los trabajadores afectados, esto es, considerarlos como supuestos de despido en sentido propio. A propósito de la consideración de estas bajas como voluntarias, nos remitimos a determinada resolución en relación con solicitudes de jubilaciones anticipadas tras acogimiento voluntario de trabajadores a ERE al resultar los argumentos de fondo plenamente trasladables<sup>41</sup>. Lo mismo que en el supuesto de forzar a la baja de los trabajadores en un cambio entre contratistas como condición para su alta en la nueva adjudicataria, pero sin subrogación, en un supuesto que debería calificarse como despido en sentido estricto más allá de una extinción asimilada<sup>42</sup>.

Muy controvertida la catalogación de los supuestos de desestimio de la relación contractual por no superación del período de prueba. Ya nos anticipamos a esta importante cuestión a la altura del año 2018. Dos premisas básicas, primera, en las resoluciones de contratos por NSPP, no nos encontramos ante un escenario de un despido en la acepción jurídico laboral del término<sup>43</sup>; en segundo término, a los efectos que nos interesan en este trabajo, habría que diferenciar de partida entre desestimientos a instancia del trabajador y desestimientos a instancia de la empresa: mientras que, en el primer escenario, no habría duda en el sentido de que se excluirían de la aplicación del procedimiento de despido colectivo, mucho más problemática se nos presenta la cuestión en el segundo escenario de desestimiento empresarial, resultando necesario descender al supuesto concreto para catalogar la extinción contractual. A nuestro juicio, si el desestimiento por NSPP lo fuera como consecuencia de un inadecuado desempeño profesional del trabajador, o de su falta de adaptación al puesto o similar, la extinción contractual lo sería por motivos inherentes a la persona del trabajador, excluyéndose la extinción contractual de la aplicación del procedimiento de despido colectivo. Eso sí, siempre y cuando la empresa pudiera acreditar estas circunstancias, a priori nada sencillo. Por el contrario, en el escenario de una decisión empresarial de NSPP que respondiera materialmente a circunstancias empresariales, seguramente el escenario más habitual en la práctica, la consideración no puede ser otra que la de su catalogación como un supuesto de despido en sentido estricto y no como una mera extinción asimilada. Más allá incluso, misma conclusión en los supuestos de posible alegación de la falta de sostenibilidad económica del puesto de trabajo, en la línea con aquella finalidad del período de prueba mantenida por el Tribunal Constitucional en el año 2014 al hilo de la solicitud de inconstitucionalidad del contrato de fomento de emprendedores<sup>44</sup>. Es esta la lectura que ha terminado por acogerse en el Tribunal Supremo, calificando como supuestos de despidos en sentido estricto a NSPP en los casos de extinciones «fraudulentas», con fundamento en la exigencia de la buena fe contractual y en

---

40 F.J. 4.º STS CA 2023/2017, de 12 de diciembre de 2017, recurso 3052/2015, seguida de la STS CA 2063/2017, de 21 de diciembre de 2017, recurso 3059/2015, F.J. 8.º.

41 STS 298/2023, de 25 de abril de 2023, recurso 819/2020.

42 STS 449/2023, de 22 de junio de 2023, recurso 223/2022.

43 F.J. 4.º de la STC 173/2013, de 10 de octubre de 2013, en Pleno, recurso de amparo 3773/2011. En esta resolución, el Alto Tribunal señala las diferencias entre las resoluciones contractuales durante el período de prueba y del despido resultan sustanciales, «*pudiendo afirmarse que el periodo de prueba supone una clara atenuación del principio de prohibición de la libre extinción del contrato*».

44 F.J. 3.º de la STC 119/2014, de 16 de julio, en Pleno, recurso de amparo 5603/2012.

la prohibición del abuso de derecho<sup>45</sup>. La clave, como hemos apuntado, residirá en todo caso en la prueba en estos supuestos por quien alegue el fraude. Controvertido igualmente el escenario de NSPP tras la promulgación de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, con la consiguiente conflictividad en sede judicial<sup>46</sup>. A nuestro entender, en el supuesto de un desestimiento empresarial por NSPP de un trabajador en situación de IT, la exclusión de esa decisión extintiva a los efectos de cómputo tan sólo resultaría ajustada a Derecho en el caso de que se descartara la vulneración del derecho fundamental y, además, se acreditara que la misma respondía a un motivo inherente al trabajador ajeno a su situación de enfermedad. En otro escenario, computaría como un despido en sentido estricto.

Pueden existir más supuestos conflictivos, desde luego. No obstante, siquiera apuntar al supuesto de extinción forzosa del contrato de trabajo por cumplimiento de la edad de jubilación a tenor de cláusulas pactadas en convenios colectivos (de conformidad con la Disp. Adicional 10.<sup>a</sup> del ET). Siendo ésta una extinción por motivos no inherentes a la persona del trabajador y, en su caso, sin su consentimiento individual (ya que se impone la autonomía colectiva a la voluntad individual del trabajador, que pudiera manifestar su rechazo a la extinción de su contrato), debería concluirse a favor de su catalogación como despido en sentido propio. No así en el caso de que la persona trabajadora no manifieste oposición alguna.

Misma conclusión que en situaciones de no subrogación de trabajadores como consecuencia de cambios de adjudicatarios<sup>47</sup>. O, en el escenario de ausencia de obligación convencional y legal de subrogación en supuestos de reversión de contratatas, en los que la jurisprudencia acaba de calificar como un supuesto de despido colectivo de hecho a la decisión extintiva de la empresa contratista saliente que había provocado infructuosamente la subrogación de los trabajadores en un intento de no hacerse cargo del pasivo laboral<sup>48</sup>. O, por último, en el caso de falta de llamamiento de trabajadores fijos discontinuos<sup>49</sup>.

### III. Elemento cuantitativo-temporal del despido colectivo

Como es bien conocido, entre el art. 1.1.a) de la Directiva 98/59/CE y el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores existen algunas diferencias. Centrándonos en el elemento cuantitativo-temporal de la definición de Despido Colectivo, resulta que la norma española en relación con la comunitaria:

1. Utiliza un método de escala, combinando inciso i) e inciso ii) del citado precepto de la Directiva: método numérico del inciso i), pero cambia el parámetro temporal, ampliando el plazo de 30 a 90 días.

---

45 STS 933/2021 de 23 de septiembre de 2021, recurso 92/2021.

46 Existe disparidad en la doctrina judicial al respecto de la calificación de estas decisiones de NSPP como nulas o no, manifestación del primer escenario, STSJ de Castilla y León, sede Valladolid, de 18 de marzo de 2024, RSU 371/2024, o STSJ de Galicia de 29 de enero de 2024, RSU 4517/2023; descartando la nulidad, STSJ de Madrid de 6 de marzo de 2024, RSU 1019/2023.

47 STS 929/2021, de 22 de septiembre de 2021, recurso 106/2021.

48 STS 284/2024, de 14 de febrero de 2024, recurso 5544/2022.

49 STS 214/2020, de 10 de marzo de 2020, recurso 2760/2017.

2. Elimina el tope mínimo de 20 trabajadores de plantilla en la definición numérica del despido colectivo en su escala más baja; por tanto, no impone una plantilla mínima de personas trabajadoras en la escala más baja. Si bien, la sentencia Rabal Cañas, apartado 27, dijo —en torno al cómputo del período de referencia de 90 días— que si el legislador español ha optado por dicho parámetro temporal para considerar que existe un despido colectivo...»el número de despidos producidos deberá ser, para ese período de referencia, al menos igual a 20, sea cual fuere el número de trabajadores empleados en los centros de trabajo afectados».
3. Sustituye el término centro de trabajo por el de empresa como unidad de referencia para determinar el número de personas trabajadoras afectadas por el despido en relación con el número de las habitualmente empleadas. Unidad de referencia que no plantea problema cuando la empresa tiene un único centro de trabajo, pero que, por el contrario, suscita la cuestión de coherencia ambas unidades cuando la empresa es multicéntrica.

La cuestión inmediata es si esas diferencias apreciables en la norma española implican, en todo caso, contradicciones de ésta respecto de la europea. En este caso, y como punto de partida, la fórmula abierta que utiliza la Directiva, que combina el número de despidos (y de extinciones asimiladas, en su caso) con el nivel de ocupación en un período de tiempo, permite a los Estados Miembros, como así ocurre en la realidad, optar por uno de los métodos de cálculo, debiendo en todo caso precisar el número mínimo de extinciones producidas en una unidad de referencia o de cómputo para que sean despidos colectivos.

Puede ser definido el modelo legal español como de escala con particularidades, con ciertos cambios en alguna de las dimensiones que lo definen. Así, a diferencia del método indiferenciado, que solo tiene en cuenta el número de extinciones en un período de tiempo, el de escala introduce tres elementos, además del temporal y el número de extinciones, el de la dimensión de la unidad de referencia en relación con el número de trabajadores ocupados en la misma.

### 3.1.- Unidad de referencia

Atendiendo a la interpretación teleológica de la Directiva y, en consecuencia, a su doble finalidad (tal y como se dio cuenta en páginas anteriores) y, aún cuando consideremos: i) que la aplicación estricta de la Directiva puede generar desajustes; ii) que no tiene en cuenta los cambios organizativos en las empresas, sobre todo en los casos de estructuras complejas empresariales; y iii) que no se adapta a las nuevas fórmulas de organización en las que prima la descentralización y la fragmentación empresarial, lo cierto es que **opta por el centro de trabajo** (unidad local de empleo) como unidad de referencia<sup>50</sup>.

Es éste un criterio normativo estable en el ámbito del Derecho de la UE, no modificado a lo largo de estos años, desde la primigenia Directiva 75/129/CEE; no exenta la opción de política legislativa de entonces de críticas, tal vez en el entendimiento de que un cambio de la unidad

---

50 Al respecto, remitimos a nuestro estudio SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y. y DE FUENTES GARCÍA-ROMERO DE TEJADA, C.: «Despido colectivo y unidad de referencia. La trasposición de la Directiva 98/59/CE y el margen de apreciación de los derechos nacionales» ( I y II), *NREDT*, núms. 195 y 196, respectivamente, 2017.

de referencia a toda la empresa o a todo el grupo de empresa no beneficiaría en todo caso a los trabajadores locales afectados por grandes procesos de reestructuración.

Sea como fuere, el centro de trabajo, definido con base en el criterio cuantitativo que determina la Directiva —más de 20 trabajadores habitualmente contratados—, es para las legislaciones internas, también por tanto para la española, un **mandato claro, preciso y rotundo**. El denominado «Estándar mínimo» en la terminología adoptada por el TJUE<sup>51</sup>, aplicable a cualquiera que fuera el método de cálculo.

Es importante tener en cuenta este dato, a saber, que los diferentes elementos cuantitativos-temporales que definen a nivel de la UE el despido colectivo, y en concreto, la unidad de referencia (en función del número de trabajadores ocupados), el mínimo de despidos computables a estos efectos; el número de despidos en función del tamaño de la unidad de referencia y colectivos excluidos, hacen que las soluciones legales difícilmente puedan reconducirse a un esquema homogéneo, tal y como evidencian los casos planteados al TJUE que ha debido contestar a la cuestión relativa a si la opción legal concreta en torno a la unidad de referencia en su solución heterogénea se adecúa a la normativa europea (ejemplo de ello, Dinamarca —que habla de empresa—; Grecia —que utiliza los dos criterios locativos sin especificar los casos en los que utiliza uno u otro; Reino Unido —que utiliza el centro de trabajo; o en fin, Irlanda del Norte —que utiliza el criterio de centro de trabajo— y España —empresa—). En el bien entendido de que la elección nacional de la unidad de referencia a efectos de procedimiento del despido colectivo no es una materia de la que pueda concluirse que, en todo caso, cualquiera que sea, amplía la protección en todos los supuestos.

En este sentido, atendiendo solo al ordenamiento jurídico español, la opción legal expresa por la empresa como unidad de referencia fue objeto de debate tanto en la doctrina científica como en doctrina judicial. Debe recordarse, a nuestro juicio, aquella que concluía, a la luz de lo dispuesto en la Directiva, que era admisible la existencia de un doble ámbito de imputación, de modo que la utilización de una unidad o de otra dependería de que el proyecto afectara exclusivamente al centro como unidad organizativa autónoma o respondiera a un plan conjunto adoptado en el nivel empresarial.

Elevada la cuestión al TS, en su sentencia de 18 de marzo de 2009<sup>52</sup>, también a la luz de la Directiva, resolvió la duda planteada y admitió que la elección en el modelo español por la empresa como unidad de referencia respondía a la voluntad del legislador de establecer una **regulación más favorable**. Criterio de favorabilidad basado en una comparación global de las regulaciones y que, no obstante, quedaba contradicho en numerosos supuestos concretos. Pudiendo concluirse al respecto que no en todo caso, o como regla general, la regulación española cumplía mejor la función de garantía, como tampoco, por cierto, se puede decir que la Directiva sea más garantista en otras, tal y como se evidenció a lo largo de los años a través de las cuestiones prejudiciales planteadas al TJUE en relación con modelos legales diferentes al español y atendiendo a los supuestos concretos de hecho que dieron lugar a las

51 STJUE de 13 de mayo de 2015, C-182/13, Asunto *Lytle* y otros (apdo 44), con base en el doble objetivo perseguido por la Directiva; y dejaba zanjado también en la Sentencia de 30 de mayo de 2015, C-80/14, Asunto *USDAW*, en relación con la elección nacional del centro de trabajo como unidad de referencia.

52 Y posteriores de 18 de marzo de 2009, rec.1878/2008; 23 de abril de 2012, re.2724/2011y 23 de enero de 2013.

mismas. En general, cabría apreciar que en el caso de medidas organizativas en una empresa de grandes dimensiones, pero concentrados los despidos en un determinado centro de trabajo, la elección de esta segunda unidad de referencia sería más favorable para los trabajadores, aplicando el criterio cuantitativo que establece la Directiva para definir su unidad de referencia (esto es, más de 20 trabajadores). Dicho de otro modo, facilita el procedimiento de protección porque, de computarse globalmente la empresa, habría de considerarse que el despido es individual/plural y no colectivo.

De acuerdo con los antecedentes en la doctrina del TJUE sobre la cuestión relativa a la unidad de referencia<sup>53</sup> —en las que adoptó un concepto amplio, flexible y finalista de centro de trabajo para extender el procedimiento de protección previsto en la misma—, y con las tres sentencias coetáneas *USDAW*, *Lyttle* y *Rabal Cañas* (STJUE de 13 de mayo de 2015, C-392/13) pudiera concluirse al respecto: i) El concepto de centro de trabajo es, reitera el TJUE en la actualidad (Asunto *Rabal Cañas*, apdo. 42), un concepto de Derecho de la Unión que no cabe definir por referencia a las legislaciones de los Estados Miembros y ha de ser objeto de una interpretación autónoma y uniforme en el ordenamiento jurídico comunitario, cualquiera que sea el método de cálculo elegido. ii) el concepto comunitario de centro de trabajo es distinto del concepto de empresa y, por regla general, a efectos de definición de despido colectivo, centro de trabajo es una parte de la empresa. Y, parece querer decir en *Rabal Cañas*, que ambos términos se equiparan cuando la empresa solo tiene un único centro de trabajo; en este caso, la referencia comunitaria al centro de trabajo se asimila a la empresa y, poniendo como ejemplo la legislación española, se asimila también al umbral rebajado en nuestra norma interna, que en su escala mínima cuantifica el mínimo de despidos, 10, sin exigir que en dicha unidad haya más de 20 trabajadores ocupados. iii) En caso de varias unidades productivas en la empresa, hay que delimitar el concepto comunitario de centro de trabajo a estos efectos —aún cuando la Directiva no ofrezca definición alguna— atendiendo a un doble criterio, cualitativo y cuantitativo. Desde el **cualitativo**, y aplicando a la doctrina *Rabal Cañas*<sup>54</sup>, en aquellos casos en los que la empresa disponga de varias entidades, establecimientos, unidades, centros, que cumplan esos criterios, cada uno de ellos, separadamente, debe ser considerado como el ámbito de referencia para el cómputo de las extinciones a efectos de despido colectivo. Siempre que, segundo elemento de la definición comunitaria, cumpla con la condición **cuantitativa** impuesta por la Directiva en atención al método de cálculo, más de 20 trabajadores empleados (en el método de escala) o al menos 20 trabajadores despedidos (en el método indiferenciado), y salvo que la norma interna modifique esos umbrales, mejorándolos. iv) Siendo el centro de trabajo estándar mínimo, en principio, indisponible por los Estados Miembros, el TJUE introduce limitadamente el criterio de favorabilidad en aquellas legislaciones, como la española, que utilizan exclusivamente la empresa como unidad de referencia (Sentencia *Rabal Cañas* apdo. 52), para, en la medida de lo posible, y de

53 SSTJUE de 7 de diciembre de 1995, Asunto C-449/93 y de 15 de febrero de 2007, Asunto C-270/0

54 En los apartados 44, 45 y 47 de la STJUE se define como «unidad a la que se hallan adscritos los trabajadores afectados por el despido para desempeñar su cometido, con independencia de que dicha unidad disponga de una dirección facultada para efectuar autónomamente despidos colectivos». O «entidad diferenciada, que tenga cierta permanencia y estabilidad, que esté adscrita a la ejecución de una o varias tareas determinadas y que disponga de un conjunto de trabajadores, así como de medios técnicos y un grado de estructura organizativa que le permita llevar a cabo esas tareas». O, en fin, «entidad en cuestión que no debe estar dotada necesariamente de autonomía jurídica alguna ni de una autonomía económica, financiera, administrativa o tecnológica para poder ser calificada de centro de trabajo».

acuerdo con la finalidad garantista de la Directiva, permitir que las legislaciones que refieren exclusivamente a la empresa puedan seguir utilizando esta unidad, sin que al respecto sea posible llevar a cabo una comparación global y con la limitación de que esa unidad de referencia *es solo subsidiaria* respecto del centro de trabajo. De modo que la legislación española solo representa, como indicamos en otra ocasión, una **adecuación condicionada** a la norma comunitaria con fundamento en el «criterio de favorabilidad» en los términos indicados por el TJUE. v) La legislación nacional solo es conforme a la Directiva si impone la aplicación de las obligaciones de información y consulta al menos en caso de despidos de 10 trabajadores en centros de trabajo que empleen habitualmente a más de 20 trabajadores y menos de 100, en caso de que, como España, se haya adoptado el método de escala. vi) Infringe la Directiva la legislación nacional que, como la española, introduce como única unidad la empresa cuando la aplicación de ese criterio conlleve obstaculizar el procedimiento de información y consulta. Lo que, recordemos, se produce en aquellos supuestos en los que la empresa disponga de varios centros de trabajo y en el cómputo global no alcancen los umbrales numéricos previstos en la legislación nacional a efectos de despido colectivo, pero sí alcancen los umbrales numéricos de la Directiva, aplicados en relación la unidad comunitaria de referencia, es decir, el centro de trabajo.

La interpretación de la norma española conforme a la doctrina del TJUE, que evitó declarar el efecto directo aplicativo de la Directiva, generó inseguridad al respecto e incertidumbre puesto que pudiera ocurrir en torno a la cuestión relativa a la unidad de referencia que condujera a una interpretación *contra legem* de la norma nacional, que expresamente habla de «empresa» y no de centro de trabajo. De modo que bien pudiera concluirse que en este supuesto concreto la norma nacional aplicable al caso no permite o admite o consiente un margen de apreciación para cumplir con las exigencias de seguridad jurídica.

La STJUE generó en nuestra doctrina un intenso debate que, en gran medida, recordaba al que tuvo lugar tras la reforma legal de 1994; y, en lo que concierne al *doble cómputo* o doble medición (empresa y centro de trabajo), debe advertirse de los dos significados, según se plantee desde la eficacia aplicativa directa de la Directiva o desde su eficacia interpretativa conforme al principio de interpretación extensiva, concurrente o de conformidad. En efecto, podría entenderse el doble cómputo o doble escrutinio en sentido alternativo, bastando la superación del umbral numérico de uno de ambos parámetros para determinar la activación del procedimiento de despido colectivo. O, por el contrario, asumir el doble cómputo atendiendo al criterio de favorabilidad. Soluciones no totalmente acertadas y que no asumen en sus justos términos el criterio del TJUE en la sentencia Rabal Cañas porque, por un lado, no se puede hacer decir a la norma española lo que no dice, es decir que el término empresa ha de entenderse indistintamente como empresa y como centro (es el caso de Grecia, que adopta el método alternativo) o que lo sea en función de qué ámbito de los dos resulte más beneficioso para activar la tutela legal de los trabajadores afectados de acuerdo con el criterio cuantitativo y temporal previsto en nuestro ordenamiento jurídico, subsanando, así, por vía interpretativa la inadecuación de la norma nacional a la comunitaria; tampoco que por vía interpretativa se pueda sustituir totalmente empresa por centro de trabajo en todos los casos o supuestos porque ello implicaría, a nuestro juicio, una interpretación *contra legem* del art.51 ET.

En este sentido, recuérdese que el TS en sentencia de 17 de octubre de 2016 (rec.36/2016) adoptó con base o fundamento en la STJUE la solución relativa a que la opción clara y precisa de la Directiva es el centro de trabajo; no siendo posible en sede judicial una aplicación directa de la Directiva. Lo que quiere decir que no puede sustituirse sin más la empresa por el centro

de trabajo (solo le compete al legislador) fijando, además con precisión, y en términos discursivos, los límites de la interpretación conforme. Otra cosa, bien diferente, es que con intención de mantener, completada, la doctrina de la sentencia de 2009, haga decir al precepto legal lo que no dice, y lo que no quiso decir, aunque ahora se diga que fuera otra la intención y otra lo que se quería decir (esto es, que la intención del legislador español fue entonces mejorar la previsión del Derecho de la UE sin substraerse al mínimo previsto, el del centro de trabajo).

Por lo que, hasta tanto no se produzca el ajuste normativo necesario y adecuado, la opción que mejor responde a esas exigencias es la de asumir en sus términos estrictos el criterio que sugiere el TJUE en el asunto *Rabal Cañas*. Se ha de mantener el término legal, sometido a una condición comunitaria; la condición impuesta por vía interpretativa por el TJUE (esto es «salvo que la aplicación de dicho criterio conlleve obstaculizar el procedimiento de información y consulta establecido en la Directiva»). Lo que salva la adecuación de la legislación española a la norma europea y exige contestar sucesivamente a dos cuestiones: primera, si la inclusión del centro de trabajo se admite en nuestro ordenamiento jurídico, esto es, si ofrece ese margen de apreciación. Respuesta afirmativa por cuanto, admitiendo que el término empresa se puede mantener en nuestra legislación laboral bajo el criterio de favorabilidad, la norma española requiere de un término de comparación respecto del que medir la mejora; término que no puede ser otro que el mínimo que establece la Directiva en cuanto estándar mínimo de la unidad comunitaria de referencia, esto es, el centro de trabajo. Segunda, la operatividad de ambas unidades de referencia, entendiendo que el discurso secuencial no puede ser otro (cuando la empresa tenga varios centros de trabajo) que considerar que éste, el centro, es la unidad de referencia (cuando se cumplen los mínimos previstos en la Directiva, esto es, que el centro de trabajo afectado tenga más de 20 trabajadores) y se alcancen los umbrales numéricos previstos en la misma<sup>55</sup>. Subsidiariamente se utilizaría la empresa como unidad de cómputo cuando los centros de trabajo, computados individualmente, no tengan más de 20 trabajadores y se superen los umbrales «tomando como unidad de cómputo la totalidad de la empresa». Empresa, en el sentido de la STJUE de 10 de septiembre de 2009 (Asunto C-44/08), en la que expresamente se indica que se trata «del empresario, es decir, de la persona física o jurídica que tiene una relación laboral con los trabajadores que pueden ser despedidos». Por tanto, no cabe una interpretación extensiva del concepto empresa hacia los grupos de empresas mercantiles (denominado también grupo fisiológico); solo cabría ampliar la noción de unidad de referencia «empresarial» a los que pudieran ser calificados como laborales (denominados «patológicos»). Es más, con base en el artículo 2.4 de la Directiva, (que refiere a que las obligaciones de información y consulta deben aplicarse con independencia de que la decisión relativa a los despidos colectivos hubiera sido tomada por *el propio empresario o por la empresa que ejerciera el control*), habría que concluir que se diferencia claramente al empresario de los despidos colectivos de la empresa matriz o de la que controla al propio empresario<sup>56</sup>.

55 Entre otras, aplican esta solución las SSTSS de 7 de febrero de 2018 (rec.482/2016) y de 14 de febrero de 2024 (rec.5544/2022)

56 Aplicando esta solución, entre otras, SSTSS de 30 de mayo de 2023 (Rec.189/2022), en la que, existiendo un grupo laboral de empresas (no cuestionado) y empresas con único centro de trabajo, aplica la fórmula aritmética a la empresa como unidad de referencia y subsidiariamente al conjunto de empresas o grupo laboral, tomando como datos la plantillas de las dos entidades mercantiles y las extinciones operadas en todas ellas. También puede consultarse STS de 28 de febrero de 2024, rec.12/2023, en la que se concluye que el grupo de empresa no lo es a efectos laborales (supuesto concreto de contrato de franquicia) y, en consecuencia, tratándose de sociedades reales y diversas con dirección parcialmente compartida, manteniendo su autonomía y personalidad

### 3.2.- El factor temporal

La razón o fundamento de establecer un período temporal de referencia para la configuración del despido como colectivo por la superación de los umbrales numéricos está en relación con el concepto de extinciones por razones no inherentes a la persona del trabajador y las extinciones asimiladas que pueden proyectarse en el tiempo (tal y como se ha analizado supra en el apartado específico de este estudio), así como con el momento en que se alcanzan dichos umbrales, bien un momento concreto o, por el contrario, acumulando sucesivas decisiones extintivas durante el período temporal establecido.

Recordemos que la norma española utiliza el método numérico del inciso i) del art.1.1.a) de la Directiva pero cambia el parámetro temporal, pasando de 30 a 90 días. Atendiendo a la previsión de la Directiva, que permite a los Estados Miembros optar entre un período de cómputo de 30 o de 90 días, y no establece regla antifraude alguna, los problemas o cuestiones relacionadas con el período del cómputo (teniendo en cuenta que la norma estatutaria solo refiere a «un período de 90 días») se centran en dos aspectos en torno al método de cálculo: 1) la fecha de inicio, el del *dies a quo* y la fecha final del cómputo o *dies ad quem*; 2) y la «dirección» en la que opera, si pasado, si futuro, o en ambas direcciones.

Entre las varias opciones interpretativas, en concreto entre la «bidireccional» (hacia atrás y hacia adelante simultáneamente, con la duda de si el período de 90 días era único o, por el contrario, eran dos períodos, uno anterior y otro posterior) y la «unidireccional» (y en este sentido si solo hacia atrás o hacia el futuro) el TS, como es conocido, rechazó la bidireccional resolviendo al respecto (entre otras, en su sentencia de 23 de abril de 2012, rec.2724/2011) que el período temporal no era un tiempo elástico o disponible para quien lleva a cabo el cómputo. El día en que se acuerda la extinción constituye el día final del cómputo del primer período de 90 días y el inicial del siguiente; el *dies ad quem* se fija coincidiendo con la fecha en la que se acuerda la extinción, en tanto en esa fecha los hechos son ciertos y sin género de dudas se puede calificar si el despido es colectivo con arreglo a la ley. Era ésta, decía, el TS, en una interpretación lógico-sistemática del precepto estatutario, y atendiendo a la regla especial del art.51.1. párrafo 6.º contemplada a la luz del criterio de favorabilidad de la Directiva europea, la regla general.

Solo entonces, se afirmaba por un sector de la doctrina, la calificada como *cláusula antifraude* (prevista en el último párrafo del art.51.1) permitiría el cómputo de los 90 días sucesivos bien hacia adelante bien hacia atrás en el tiempo. No obstante, ante la duda y opción interpretativa de la cláusula atendiendo a que su finalidad era evitar la elusión del procedimiento colectivo a través del «goteo» permanente de despidos plurales objetivos en sucesivos períodos de referencia ( en aquellos supuestos en los que en el anterior período de 90 días al despido enjuiciado no se había producido extinciones por encima de los umbrales establecidos para el despido colectivo), se razonó por la doctrina que la regla prevista en nuestro ordenamiento jurídico no era una suerte o especie de «variedad extendida» del despido colectivo más allá del periodo de 90 días. Por el contrario, como aceptó el TS en sentencia 26 de septiembre de 2017, rec.62/2017, se trata de un supuesto específico tasado de mejora respecto de la Directiva<sup>57</sup>. Regla que sólo producirá sus efectos (nulidad de los nuevos despidos efectuados en sucesivos períodos de 90 días) cuando se trate de despidos individuales llevados a cabo al amparo de lo dispuesto en el artículo 52.c) ET; si bien, a nues-

---

jurídica, excluye la posibilidad de sumatorio de los despidos que éstas hubieran podido acordar.  
57 Al respecto, DE CASTRO MARÍN; E.: *Despido colectivo de hecho...*, cit., pp.119 y 123

tro juicio, convendría aclarar al respecto (en relación con el concepto de despido colectivo, ver apdo infra) que refiere no solo a despidos por causas objetivas sino a cualquier extinción «por motivos no inherentes a la persona del trabajador». Y que la referencia del precepto a «períodos sucesivos de 90 días» solo aplica a un único período de 90 días posterior a otro previo en el que se hubiera actualizado un despido colectivo, y no cabe tomar en consideración dos o más períodos sucesivos siempre y cuando fueran consecutivos. Cuestión ésta no exenta de duda porque si bien la STS de 26 de septiembre de 2017, rec.62/2017 pareciera que no compartía tomar en consideración dos o más períodos sucesivos siempre y cuando fueran consecutivos (dicho de otra forma, el cómputo debe limitarse exclusivamente a un inicial período de referencia de 90 días), la STS de 21 de julio de 2021, rec.2128/2018 ha sido interpretada por la doctrina en el sentido de que parece llevar a una conclusión diferente, a saber, «para apreciar la existencia de un despido colectivo cabe remontarse, desde el último despido, hacia atrás en el tiempo por períodos sucesivos de 90 días, siempre que no haya un período de 90 días sin extinciones computables» puesto que en este caso se interrumpiría la consecutividad o sucesión de períodos. Creemos, no obstante, que el sentido de la resolución es confirmar la sentencia de 2017, que utiliza una expresión genérica que seguramente haya motivado el posible error interpretativo, en aras de entender que esta sentencia amplía la noción de despido colectivo<sup>58</sup>.

Por último, cabría la posibilidad excepcional de una especie de variedad extendida del despido colectivo en determinados supuestos al amparo del 6.4 del CC., es decir, más allá del período de 90 días como período de referencia en el supuesto de **fraude de ley** en sentido estrictamente jurídico en el proceder empresarial.

La interpretación de la «regla general», que, indudablemente, por un lado, aportaba seguridad jurídica —y en cierto modo pudiera considerarse razonable—, y por otro, dejaba fuera del ámbito de aplicación del procedimiento de despido colectivo —y con ello se pudiera menospreciar la finalidad protectora de la Directiva— determinadas extinciones canalizadas formalmente como individuales o plurales, planteó la cuestión relativa a si el cómputo de referencia de los 90 días tenía o no un valor relativo y, sobre todo, tendría encaje en relación con la Directiva la consideración de algunas extinciones individuales o plurales como colectivas dependiendo de la posible impugnación o no de posteriores extinciones de contratos de trabajo por nuevos trabajadores despedidos en el posterior período de 90 días al que se enjuicie.

Atendiendo a la posibilidad de que esa lectura restrictiva resultara no conforme con el efecto útil de la Directiva, admitiendo que ésta no establece límite temporal alguno, anterior/posterior, y que su plena eficacia quedaría limitada restrictivamente a supuestos en los que se impugnara efectivamente el último despido realizado a partir del cual computar hacia atrás el período de referencia de 90 días, se planteó cuestión prejudicial, resuelta por el TJUE en su sentencia de 11 de noviembre de 2020, C-300/19 (Asunto *Marclean*). El TJUE, previa consideración de que los modos de cálculo de dichos umbrales y, por lo tanto, los propios umbrales no quedan a disposición de los Estados miembros, ya que tal interpretación les permitiría alterar el ámbito de aplicación de la referida Directiva y privarla, de este modo, de su plena eficacia, analiza el método de cálculo unidireccional (sea como periodo anterior o período posterior al despido enjuiciado)

---

58 DE LA PUEBLA Pinilla, A.: «Los despidos colectivos en su laberinto: ¿Cómo interpretar los períodos sucesivos de 90 días?», p. 5; *Foro de Labos*; puede consultarse en <https://www.elforodelabos.es/2021/09/los-despidos-colectivos-en-su-laberinto-como-computamos-los-periodos-sucesivos-de-90-dias/>

y lo rechaza porque impide o dificulta la consecución de la finalidad de la Directiva 98/59, que consiste específicamente, según su considerando 2, en reforzar la protección de los trabajadores en caso de despidos colectivos «ya que dado que ambos métodos impedirían computar los despidos producidos dentro de un período de 30 o de 90 días, pero fuera de ese período anterior o posterior, aun cuando la totalidad de los despidos hubiera superado el número requerido por el artículo 1, apartado 1, párrafo primero, letra a), de la Directiva 98/59».

Y concluyendo que el período de referencia ha de ser continuo, se ha de computar todo el período (en caso de la legislación española, 90 días) anterior o posterior al despido individual impugnado. Lo que quiere decir que la forma de cálculo requiere de ambas direcciones, exista o no intención fraudulenta por la empresa, puesto que la intención empresarial no debe repercutir en el cómputo ni en la duración del período de referencia. De modo que el TJUE asume el criterio del cómputo móvil del período de referencia hacia adelante y hacia atrás; esto es, se trata de un único período de referencia, móvil, continuado de 90 días —entre los que ha de estar incluido el del despido de referencia— anteriores o posteriores al mismo.

Sabemos que, hasta la fecha, el legislador no ha adaptado el modelo legal en esta materia y, al respecto, tampoco se ha pronunciado de forma clara y precisa el TS. Más allá de confirmar que el cómputo de los días es sucesivo o consecutivo, tal y como expresó en la sentencia de 9 de diciembre de 2020, Rec.55/2020, en la que, si bien menciona la sentencia del TJUE, ni la asume ni la rechaza puesto que el conflicto planteado se resuelve por otra vía, la de entender que el cómputo ha de ser sucesivo, sin posibilidad de suspensión o interrupción algunas (en el mismo sentido, STS 21 de julio de 2021, rec.2128/2018 ó 19 de abril de 2022, rec.1779/2019). Ciertamente es que, a raíz de supuestos posteriores tales como la caducidad en la impugnación «colectiva» de despido colectivo, STS de 19 de octubre de 2023, rec.183/2022, ha dejado claro que la principal conclusión de la STJUE es que «para apreciar si el despido individual impugnado forma parte de un despido colectivo, el período de referencia ha de calcularse computando todo período de 90 días consecutivos en el que haya tenido lugar, sean tales fechas anteriores, posteriores o *encabalgadas*».

Queda al respecto la cuestión relativa al cómputo del plazo de caducidad de la acción de despido individual impugnado con fundamento en el hecho de que forma parte de un despido colectivo. En efecto, el tema relativo a la caducidad del despido se presenta sustancial porque si la doctrina del TJUE permite que se tomen en cuenta hechos acaecidos más de 20 días hábiles después del despido, quedaría cerrada la posibilidad de acceso a los tribunales. Lo que quiere decir que tras la citada sentencia del TJUE cabría una acción individual cuyo plazo de caducidad iniciará el cómputo a partir del momento en que las personas afectadas «son conocedoras de la conducta claramente extintiva». Sin perjuicio, a nuestro juicio, de la necesaria adaptación legislativa, según se indica en infra, apdo de Conclusiones.

Hasta la fecha solo se ha planteado respecto del art.124.6 LRJS (plazo de caducidad cuyo inicio se anuda a acontecimientos instantáneos y transparentes como son la obtención de un acuerdo o la notificación de una decisión) pero nada prevé cuando el despido colectivo no aparece externamente como tal, sino que se considera después por «sedimentación» o por «goteo». En este sentido, el TS en la sentencia citada de 19 de octubre de 2023, concluye afirmando —en una interpretación no rigorista del alcance del plazo de caducidad— que ha de contarse en el supuesto de impugnación colectiva desde el momento en que el sindicato accionante «ha tenido conocimiento de las que considera extinciones contractuales computables a los efectos del art.51.1 ET» (en el supuesto concreto la fecha en que la empresa pone en conocimiento de la representación legal de la plantilla los datos sobre evolución del empleo).

## IV. Nacimiento de la obligación de información y consulta

Para concluir el análisis de algunas de las cuestiones más controvertidas en la aplicación práctica de la figura del despido colectivo en interpretación conforme de la normativa europea, el Tribunal de Luxemburgo ha tenido la ocasión de pronunciarse muy recientemente sobre la relativa al momento preciso del nacimiento de las obligaciones de información y consulta establecidas en el artículo 2 de la Directiva<sup>59</sup>. Resulta necesario destacar que la respuesta se produce a propósito de cuestión prejudicial planteada desde determinado órgano jurisdiccional en España, con lo que la lectura de la misma, y su correcto entendimiento, adquieren si cabe aún un mayor interés<sup>60</sup>. Antes de entrar en el fondo del asunto, resulta necesario efectuar algunas consideraciones para situar adecuadamente el debate, no sin antes remarcar que nos referimos exclusivamente a la primera cuestión prejudicial, no a la segunda, en la que se planteaba la consideración como extinciones asimilables de determinadas bajas voluntarias con posterior contratación en el contexto de una situación económica negativa y reorganización organizativa y productiva, con medidas coetáneas como, entre otras, nueve despidos por causas objetivas (a nuestro juicio, una oportunidad perdida para clarificar algo más la cuestión desde el propio Tribunal Europeo).

Sea como fuere, y en relación a la primera cuestión prejudicial planteada, el órgano judicial preguntaba textualmente si «1) *El art. 2 de la Directiva [98/59] , a la vista del [criterio jurisprudencial del] TJUE recogido en la STJUE de 10 de septiembre de 2009 (C-44/08) EU:C:2009:533 ¿debe interpretarse en el sentido de que las obligaciones de consulta y notificación que constituyen el efecto útil de la Directiva nacen desde el momento en que la empresa, en el marco de un proceso de reestructuración, proyecta extinciones de contratos de trabajo que pueden superar en número el límite establecido para los despidos colectivos con independencia de que, finalmente, el número de despidos o extinciones asimilables no alcance tal umbral al haberse conseguido reducir ese número por medidas empresariales adoptadas sin consulta previa con los representantes de los trabajadores?*». A partir de aquí, creemos que resulta inexcusable tener claros los términos de la cuestión planteada y su contexto fáctico.

Así, en primer lugar, el asunto en el que se plantea la concreta cuestión prejudicial que se analiza era el de una Empresa, Resorts Mallorca Hotels Internacional S.L., que el 25 de septiembre de 2019, comunica a Juzgado Mercantil de Palma el inicio de negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación, en cuyas oficinas centrales trabajaban cuarenta y tres trabajadores, Empresa que entre los meses de agosto y diciembre de 2019 pasa de gestionar de veinte a siete hoteles, de esos trece que deja de gestionar, siete de ellos pasan a un mismo grupo empresarial, Grupo Globales, en cuyo seno existía una Empresa denominada Amla que es con la que Resorts suscribe acuerdo para que, a partir de 1 de enero de 2020, se resolvieran los contratos de arrendamiento de los citados establecimientos hoteleros, subrogándose Alma como nueva Empresa cesionaria en los contratos de trabajo de la cedente Resorts. A partir de esta reestructuración empresarial, de los cuarenta y tres trabajadores de oficinas

59 STJUE (Sala Séptima), de 22 de febrero de 2024, asunto C-589/22, «Resorts Mallorca Hotels Internacional S.L.».

60 ATSJ de la IB, de fecha 29 de agosto de 2022, recurso de suplicación 3/2022.

centrales, en fecha 30 de diciembre de 2019, nueve de ellos firman un documento de baja en la cedente, suscribiendo el 15 de enero de 2020 contratos de trabajo en Alma con reconocimiento *ad personam* de antigüedad, categoría, retribuciones, etc..., por lo que, a esa fecha, enero de 2020, de los cuarenta y tres trabajadores de oficinas centrales, se pasaba a treinta y dos, pues otros dos trabajadores dejaron de prestar servicios. El 31 de enero de 2020, se notificó a nueve trabajadores sus despidos por causas objetivas organizativas y productivas, por lo que la plantilla de oficinas quedó reducida a veintitrés trabajadores en esa fecha. Éste y no otro es el contexto concreto de la cuestión prejudicial.

A partir de esta contextualización previa, a la fecha del planteamiento de la cuestión prejudicial, el 29 de agosto de 2022, creemos que el Tribunal de suplicación disponía ya de sólidos argumentos para resolver el litigio sin necesidad del planteamiento de cuestión prejudicial alguna, incidimos de nuevo en lo expuesto al comienzo del trabajo. En este sentido, y una vez aquilatada la doctrina tras «Rabal Cañas» y «Marclean», no creemos que pudiera existir demasiada duda con respecto a la calificación de las nueve bajas «voluntarias» como extinciones asimiladas a los efectos del cómputo y, por tanto, para la estimación de la demanda planteada por los dos actores despedidos, calificándola como nula al no tramitarse el procedimiento de despido colectivo. En este último sentido, aun siendo cierto que el Tribunal Supremo zanja definitivamente el debate a partir de septiembre de 2023<sup>61</sup>, no lo es menos que la calificación de estas bajas voluntarias como extinciones asimiladas se venía ya propugnando desde años atrás, pues se trataba de bajas canalizadas formalmente como voluntarias pero que, materialmente, respondían al interés empresarial en un proceso de reestructuración, por lo que podían encuadrarse sin dificultad dentro de las extinciones de contratos por motivos no inherentes a las personas de los trabajadores computables<sup>62</sup>. En todo caso, el Tribunal remitente albergaba dudas sobre la catalogación de esas nueve bajas voluntarias como computables a los efectos del artículo 1 de la Directiva y en consecuencia, plantea la cuestión prejudicial a estos efectos. En paralelo, como primera cuestión, al amparo del artículo 2 de la Directiva, dudas en relación con el momento del inicio de las consultas, con remisión expresa a determinada resolución del Tribunal europeo del año 2009.

En este contexto fáctico y jurídico, creemos que la respuesta dada por el Tribunal de Justicia resulta plenamente acertada en el supuesto del asunto C-589/22, sin perjuicio de que entendemos que la misma debe ser interpretada en sus justos y estrictos términos. En este sentido, recordamos la doctrina del Tribunal Europeo cuando refiere que *«para interpretar una disposición del Derecho de la Unión no solo debe tenerse en cuenta su tenor literal, sino también el contexto en el que se inscribe y los objetivos perseguidos por la normativa de la que forma parte»*<sup>63</sup>.

Entrando en el análisis de la respuesta, en la resolución del Tribunal Europeo existen varias afirmaciones que resulta necesario apuntar por su trascendencia.

En primer término, el Tribunal de Luxemburgo vuelve a incidir en la idea de que un nacimiento prematuro de la obligación de consulta puede conducir a resultados contrarios al objetivo de la Directiva 98/59, expresamente, la restricción de la flexibilidad de las empresas

---

61 STS 558/2023, de 19 de septiembre de 2023, recurso 61/2023.

62 DE CASTRO MARÍN, E.: *El despido Colectivo «de Hecho»*.cit., págs. 61 y ss, con cita de muy autorizada doctrina sobre el particular, incluso jurisprudencia de la Sala de lo CA.

63 STJUE (Sala Segunda), de 13 de julio de 2023, asunto C-134/22, considerando 25.

para su reestructuración, el aumento de las cargas administrativas y la provocación inútil de inquietud a los trabajadores respecto a la seguridad de su empleo. En esta idea subyace sin duda el doble propósito declarado en la propia Directiva en su considerando 2, en el sentido de reforzar la protección de los trabajadores en caso de despidos colectivos, teniendo en cuenta la necesidad de un desarrollo económico y social equilibrado en la Comunidad.

En segundo lugar, para llevar a cabo las consultas de conformidad con sus objetivos, esto es, con el fin de evitar extinciones de contratos de trabajo o de reducir su número y de atenuar sus consecuencias, el Tribunal entiende que es de todo punto necesario que se determinen los factores y elementos pertinentes relativos a los despidos colectivos previstos. No podría ser de otro modo, si no queremos relegar al período de consultas al mero cumplimiento de una exigencia formal, sin más.

Como tercera cuestión en la que incide el Tribunal, cuando una decisión que puede provocar despidos colectivos únicamente está en estudio y, por tanto, los despidos colectivos son solo una probabilidad y no se conocen los factores pertinentes para las consultas, no pueden conseguirse los citados objetivos. De nuevo el Tribunal se remite a su importante sentencia de 10 de septiembre de 2009.

A partir de estas afirmaciones previas, el Tribunal continúa afirmando que, en línea con la lectura en el asunto C-48/08, dado que, con arreglo al artículo 2, apartado 2, párrafo primero, de la Directiva 98/59, las consultas deben versar, en particular, sobre la posibilidad de evitar o de reducir los despidos colectivos previstos, una consulta que se iniciase cuando ya se hubiera adoptado una decisión que haga necesarios tales despidos colectivos, no podría versar eficazmente sobre el examen de posibles alternativas para intentar evitar estos despidos.

Abundando en esta última afirmación, la norma europea se refiere literalmente a la intención como elemento clave, *«Artículo 2: 1. Cuando el empresario tenga la intención de efectuar despidos colectivos, deberá consultar, en tiempo hábil, a los representantes de los trabajadores con vistas a llegar a un acuerdo»*. Por lo tanto, no resulta cuestionable que, en un supuesto como el analizado en autos, habida cuenta de la magnitud de la modificación de la actividad de gestión y de explotación emprendida, así como de las consecuencias razonablemente previsibles en lo que se refería a la carga de trabajo en las oficinas centrales, la decisión de iniciar conversaciones sobre la cesión de la actividad de gestión y de explotación de esos siete establecimientos, podía considerarse a juicio del Tribunal Europeo como una decisión estratégica o empresarial que obligaba a la demandada en el litigio principal a plantearse o a proyectar despidos colectivos, en el sentido de la jurisprudencia mencionada en Akavan Erityisalojen Keskusliitto AEK y otros, asunto C-44/08.

Desde luego que no podemos estar más de acuerdo con el Tribunal Europeo; en otro caso, el derecho a la información y consulta de la Sección II de la Directiva quedaría vacío de contenido en relación con la literalidad de los términos empleados en el artículo 2: *«Cuando el empresario tenga la intención de efectuar despidos colectivos...»*. No obstante, y bajando de nuevo al terreno del contexto planteado, resultan de trascendencia las consideraciones que efectúa la propia Sala cuando, textualmente, refiere por un lado que *«A este respecto, por una parte, es preciso subrayar que la demandada en el litigio principal sabía que la cesión de la gestión de dichos establecimientos iba a suponer un aumento de la carga de trabajo para Amla Explotaciones que requeriría la contratación de diez nuevos trabajadores, razón por la cual preguntó a los miembros de su*

*plantilla que trabajaban en las oficinas centrales si estaban dispuestos a entrevistarse con los responsables del Grupo Globales. Por consiguiente, podía suponer que ella iba a sufrir una disminución de la carga de trabajo de la misma magnitud o de una magnitud similar al incremento de la carga de trabajo que iba a experimentar Amla Explotaciones», —considerando 28 de la sentencia—, por otro que «Por otra parte, en la petición de decisión prejudicial se ha señalado que la decisión de la demandada en el litigio principal de despedir a nueve trabajadores obedecía al análisis de sus necesidades organizativas y productivas tras la cesión a Amla Explotaciones de la gestión y explotación de los siete establecimientos hoteleros de que se trata y la marcha de nueve de sus trabajadores a esta última. En vista de dicha decisión, la demandada en el litigio principal debía esperar razonablemente tener que reducir de manera significativa el número de trabajadores en sus oficinas centrales para que ese número se adecuara al volumen de su actividad y a la carga de trabajo restantes», —considerando 29 de la sentencia—.*

A partir de aquí, la conclusión sólo podía ser una, como así lo fue: *«Por tanto, dado que la decisión de ceder la actividad de gestión y de explotación de los siete hoteles a Amla Explotaciones implicaba necesariamente, para la demandada en el litigio principal, la previsión de despidos colectivos, le incumbía, en la medida en que había una posibilidad de que se cumplieran los requisitos definidos en el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 98/59, realizar las consultas previstas en el artículo 2 de dicha Directiva», —considerando 30—, de otro modo difícilmente podría conseguirse el objetivo declarado en la Directiva, evitar, reducir o atenuar las consecuencias, —considerando 31-: «... En efecto, dado que una decisión que implicaba una disminución significativa del número de hoteles gestionados y explotados por la demandada en el litigio principal podía dar lugar a una reducción igualmente significativa de su actividad y de la carga de trabajo en sus oficinas centrales y, por tanto, del número de trabajadores que necesitaba, es evidente que la marcha voluntaria de un determinado número de trabajadores a la sociedad que se hacía cargo de una parte de la actividad cedida podía evitar despidos colectivos».* Si no hubiera sido esta la conclusión, insistimos, la finalidad de la Directiva que se articula a través de los derechos de información y consulta habría quedado neutralizada.

La respuesta del Tribunal al respecto es muy clara, en juego está ni más ni menos que el efecto útil de la Directiva. En este sentido, en relación con la cuestión de si la obligación de información y consulta nace desde el momento en el que se constatan situaciones de reestructuración empresarial en las que se planteen o proyecten disminuciones, o si, por el contrario, sólo nacen desde el momento en que se tenga la certeza de los despidos, el Tribunal concluye a favor de la primera opción. No es algo novedoso, lo lleva afirmando desde el año 2009: *«el hecho de vincular el nacimiento de la obligación de llevar a cabo consultas establecida en el artículo 2 de la Directiva 98/59 a la adopción de una decisión estratégica o empresarial que haga necesarios despidos colectivos puede privar parcialmente de eficacia a esta obligación. En efecto, como resulta del apartado 2, párrafo primero, del citado artículo 2, las consultas deben tener por objeto, en particular, la posibilidad de evitar o reducir los despidos colectivos previstos. Pues bien, una consulta que se iniciase cuando ya se haya adoptado una decisión que haga necesarios tales despidos colectivos no podría referirse eficazmente al examen de posibles alternativas para intentar evitar éstos. Por consiguiente, procede considerar que, en circunstancias como las del litigio principal, el procedimiento de consulta debe iniciarse por el empresario en el momento en el que se ha adoptado una decisión estratégica o empresarial que le obligue a examinar o proyectar despidos colectivos»<sup>64</sup>.* Cuestión distinta la de saber cuál

---

64 STJUE, (Sala Cuarta), de 10 de septiembre de 2009, asunto C-44/08, considerandos 47 y 48.

es el momento exacto y adecuado para saber lo que necesitas<sup>65</sup>, tema éste que seguramente dará lugar a importantes conflictos interpretativos y aplicativos.

Ahora bien, dicho esto, y es esta la cuestión esencial que se nos plantea tras conocer la sentencia de 22 de febrero de 2024, ¿podemos concluir que, a partir de esta resolución, cambia completamente el panorama interpretativo en materia de despidos colectivos en España, hasta el punto de deber interpretar que, siempre y en todo caso, ante cualquier decisión estratégica y empresarial que, de futuro, pudiera hacer necesarios despidos o no, resultaría preceptivo abrir un período de consultas en el contexto del procedimiento del artículo 51 ET? Nuestra respuesta es categóricamente negativa, fundamentando nuestra conclusión desde la perspectiva del ámbito de aplicación de la Directiva y de su finalidad, en relación con el efecto útil de la misma.

En primer lugar, y en lo que se refiere al ámbito de aplicación de la Directiva 98/59/CE, aunque pudiera parecer una cuestión obvia, la misma está prevista para la armonización de las legislaciones en materia de despidos *colectivos*. Desde esta simple perspectiva, y por mucho que la lectura de lo que se deba interpretar como despidos y extinciones asimiladas a estos efectos sea ciertamente amplia, lectura ésta con lo que nos mostramos plenamente de acuerdo, el presupuesto para la aplicación de la misma se reside, como no podía ser de otro modo, en el *carácter colectivo* de la decisión empresarial. Todo lo que no alcance esta consideración, quedaría extramuros de la Directiva. Por lo tanto, insistimos, aunque parezca una cuestión menor, por obvia, para activar el procedimiento de información y consulta, esa decisión estratégica y empresarial, aún en un estadio de mero proyecto empresarial, debería serlo *de efectos colectivos*, no así en caso contrario. En este contexto, además, sabemos ya que, para que un despido sea catalogado como colectivo, deberían existir cinco extinciones que se pudieran catalogar como despidos en sentido estricto en el período de referencia al menos como mera intención empresarial. Y este es también presupuesto para la activación del procedimiento.

Si nos remitimos de nuevo a la cuestión prejudicial objeto de comentario, los términos en los que se planteaba desde el órgano judicial interno no presentaban duda en este sentido, esto es, si las obligaciones nacían desde el momento en que la empresa proyectaba extinciones de contratos **que pudieran superar en número el límite establecido para los despidos colectivos, con independencia de que finalmente se alcanzara o no tal umbral. A sensu contrario**, en un proceso de reestructuración en el que, de partida, no pudiera preverse una posible afectación colectiva de las posibles medidas, por elementales razones de lógica jurídica, en una lectura literal de la norma, no se activarían las obligaciones del artículo 51 ET.

En segundo término, en relación con el objeto de la Directiva, en una lectura literal de lo prevenido en su artículo segundo, la finalidad del procedimiento de información y consulta se reside en las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento destinadas, en especial, a la ayuda para la readaptación o la reconversión de los trabajadores despedidos. Y, a estos efectos, en la propia norma europea se especifica que, a fin de permitir que los representantes de los trabajadores puedan formular propuestas constructivas, el empresario, durante el transcurso de las consultas y en tiempo hábil, deberá proporcionar toda la información pertinente, comunicar por escrito

---

65 NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: «Las bajas voluntarias inducidas por la empresa computan en los despidos colectivos y activan la obligación empresarial de consultas con los representantes de los trabajadores», en *Revista de Jurisprudencia Laboral*, número 3/2024, mayo 2024, [https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/anuarios\\_derecho/articulo.php?id=ANU-L-2024-00000002656](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-L-2024-00000002656)

los motivos del proyecto de despido colectivo, el número y categoría de los trabajadores que vayan a ser despedidos, de los empleados habitualmente, el período previsto para los mismos, los criterios de designación o el método de cálculo respecto de las posibles indemnizaciones distintas a las de la legislación o prácticas nacionales, debiendo además transmitir una copia de la comunicación escrita a la autoridad laboral. Si nos remitimos textualmente al criterio del propio Tribunal de Luxemburgo, **«la razón de ser y la eficacia de las consultas con los representantes de los trabajadores requieren que estén decididos los factores que han de tenerse en cuenta en el transcurso de éstas, dado que es imposible llevar a cabo consultas de manera apropiada y de conformidad con sus objetivos sin la determinación de los elementos pertinentes relativos a los despidos colectivos previstos. Dichos objetivos son a tenor del artículo 2, apartado 2, de la Directiva 98/59, evitar las extinciones de contratos de trabajo o reducir su número así como atenuar sus consecuencias (véase la sentencia, Junk , antes citada, apartado 38). Ahora bien, cuando una decisión que puede provocar despidos colectivos únicamente está en estudio y, por tanto, los despidos colectivos son sólo una probabilidad y no se conocen los factores pertinentes para las consultas, no pueden conseguirse los citados objetivos»**<sup>66</sup>.

Por lo tanto, siendo así, la clave para la activación del procedimiento de despido colectivo exige que haya una decisión estratégica o empresarial que obligara al empresario a examinar o a proyectar despidos por encima de los umbrales previstos en la norma, aunque finalmente no se actualizaran, o lo hicieran por debajo de esos umbrales. Como expone el Tribunal en sus resoluciones, vincular el nacimiento de la obligación de consultas a la necesidad de proceder a los despidos cuando ya se hubiera adoptado la decisión empresarial, privaría de eficacia a la obligación empresarial. Pero, en todo caso, en esas consultas debería poder negociarse sobre todas esas cuestiones previstas en el apartado 3 del artículo 2 de la Directiva pues, en caso contrario, el procedimiento, y el efecto útil de la Directiva, quedaría vacío de contenido.

Siendo así, no compartimos el criterio de quienes defienden el sentido «universal» que debe darse a los asuntos «Ciupa» y «Socha» a estos efectos, en particular, a la hora de proyectar el impacto de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, hasta el punto de concluir que, en un hipotético escenario de once modificaciones sustanciales en una empresa con menos de cien trabajadores sin posterior extinción, la medida debiera calificarse como un despido colectivo<sup>67</sup>. Más allá de nuestra conclusión expuesta en el sentido de entender que una medida de esta naturaleza no puede calificarse como un supuesto de despido en sentido propio, y aun aceptando la respuesta dada en aquellos asuntos, que no compartimos, nuestra lectura es mucho más restrictiva por varias razones.

En primer término, si ponemos estas decisiones empresariales en procesos de flexibilidad interna en relación con la finalidad de la Directiva, en el momento de activación de las mismas no existirían elementos de juicio suficientes para dotar de contenido al período de consultas en relación con el objetivo de la Directiva. En palabras del Tribunal Europeo, no estarían determinados los factores que habrían de tenerse en cuenta en ese período, los elementos pertinentes relativos a los hipotéticos despidos previstos.

---

66 Considerando 46 de la STJUE, (Sala Cuarta), de 10 de septiembre de 2009, asunto C-44/08.

67 BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: El período de consultas debe plantearse si meramente se plantea o proyecta una reestructuración de plantilla que supere los umbrales del despido colectivo (STJUE 22/2/24), en el blog *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, 11 de marzo de 2024, <https://ignasibeltran.com/2024/03/11/el-periodo-de-consultas-debe-plantearse-si-meramente-se-plantea-o-proyecta-una-reestructuracion-de-plantilla-que-supere-los-umbrales-del-despido-colectivo-stjue-22-2-24/>

En segundo lugar, en procesos de flexibilidad interna como los que se proponen en el hipotético ejemplo teórico, no resultaría posible una respuesta uniforme en todos y cada uno de los supuestos para el caso de previsiones de modificaciones sustanciales de trabajo. Desde una perspectiva meramente teórica, nada tendría que ver a estos efectos la existencia de meras modificaciones novatorias, sin intención empresarial alguna de evitar efectuar extinciones de contratos de trabajo, con la existencia de modificaciones extintivas efectuadas claramente al objeto de la puesta en marcha de medidas extintivas «inducidas». Piénsese en supuestos de movilidades geográficas efectuadas con la clara intención de buscar la posterior resolución del contrato de trabajo y compárense, por ejemplo, con la puesta en marcha de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo en un proceso de automatización de una empresa.

Por otra parte, y ya lo apuntamos en el epígrafe correspondiente, no todos los supuestos de flexibilidad interna van a conllevar en caso de oposición del trabajador a la medida la opción de la resolución del contrato de trabajo, por lo que, al menos desde un plano teórico, si la medida no puede acabar en una extinción contractual, no tendría sentido activar el procedimiento de despidos colectivos. Piénsese de nuevo en ese escenario propuesto de proceso de automatización en una empresa, más allá del preceptivo perjuicio, resultaría discutible no entender que estuviéramos ante una modificación en la materia del artículo 41.1 e) del ET que, como sabemos, no da derecho a la denuncia modificativa impropia del contrato de trabajo mediante la resolución indemnizada.

A mayor abundamiento, en estos supuestos, nuestro ordenamiento jurídico interno previene la existencia de un procedimiento colectivo de información y consultas en términos muy similares a los efectos pretendidos que el previsto para los despidos colectivos en el artículo 41 ET, con lo que, en buena medida, la finalidad de la Directiva quedaría a resguardo mediante su correspondiente activación. Sin perjuicio, además, de las obligaciones de información y consultas del artículo 64 del ET.

Por lo tanto, más allá de que no entendemos que una modificación sustancial pueda ser calificada como un supuesto de despido en sentido estricto a estos efectos, creemos que no resulta cuestionable concluir que no todos los supuestos de medidas de flexibilidad interna pueden ser considerados en la misma medida a los efectos de la aplicación, en su caso, de la Directiva 98/59/CE.

Por último, si efectuáramos una lectura de la obligación de activación del procedimiento diseñado para los despidos colectivos en unos términos tan amplios, semejante conclusión conduciría a la activación del procedimiento previsto para los despidos colectivos en un buen número de decisiones de gestión empresarial que nada tendrían que ver a estos efectos con la figura prevista en el artículo 51 del ET, con los riesgos de resultados contrarios a los pretendidos y reiterados en la propia lectura efectuada por el Tribunal Europeo.

Siendo así, creemos que la mayor virtualidad de la resolución comentada se reside en la reiteración del criterio mantenido en el Tribunal Europeo desde el año 2009 en relación con la necesidad de concebir el procedimiento de despido colectivo como una garantía aplicable en un sentido más amplio, esto es, cuando existiera la intención de llevar a cabo una decisión estratégica que obligara al empresario a examinar o a proyectar despidos colectivos. Y es en este contexto donde, seguramente, deba efectuarse un entendimiento más amplio de la institución.

## V. Conclusiones

A la vista de las reflexiones anteriores, y en una perspectiva de política legislativa, pudieran considerarse los aspectos siguientes:

1. El planteamiento legislativo debería partir de un análisis medido, ponderando las opciones jurídicas derivadas de la interacción de nuestro Derecho con el de la Unión Europea. Explorando las posibilidades, al margen de un malentendido en ocasiones «criterio de favorabilidad» y más allá, huyendo de cualquier balance apriorístico de elecciones hipotéticas fraudulentas de los empresarios.  
Con fundamento en el doble objetivo y finalidad de la Directiva, tal vez la opción legislativa más razonable fuera —tal y como hacen otros Estados Miembros— limitarse a reproducir los términos de la Norma Europea en aras de garantizar el elemental principio de seguridad jurídica para todos los sujetos implicados en el contexto social y económico de la Unión Europea.
2. El legislador español debería asumir la conceptualización amplia en sentido negativo de las causas del despido, incluyendo expresamente los motivos no inherentes a la persona trabajadora y superando así la restrictiva redacción limitada a las causas empresariales.
3. Asimismo, en relación con la exigencia en la Directiva de, al menos 5 despidos en sentido estricto para activar el procedimiento, el precepto estatutario debería ajustarse en estos términos para evitar una lectura expansiva hacia las denominadas «extinciones asimiladas».
4. En relación con la unidad de referencia, valorar la posibilidad legal de que se sustituya en nuestro ordenamiento jurídico la empresa por el centro de trabajo como unidad de cálculo.
5. Con independencia de la sustitución o no de la empresa por el centro de trabajo, la inclusión como unidad prioritaria de éste último en las empresas multicéntricas exigiría resolver, al menos, una cuestión. En concreto, la relativa a si esta unidad de cómputo también debiera ser el ámbito para la apreciación de la causa que origina el despido y para el inicio del procedimiento de información y consulta cuando se fundamente la medida en causa económica. Superando así la conceptualización existente hasta el momento en la jurisprudencia.
6. En relación con el plazo temporal, 90 días, el método de cálculo movable, puede terminar por afectar al plazo de caducidad del despido individual que se impugna. Al margen de reformas más profundas en las normas sustantiva y procesal en este sentido, convendría valorar la posibilidad de, cuando menos, reformar la institución de los «actos preparatorios» previstos en los arts.76 y ss de la LRJS, para incluir expresamente en la norma la suspensión de los plazos de caducidad a estos efectos.
7. En el contexto de las obligaciones de información y consulta, y atendiendo a la finalidad de la Directiva y su efecto útil, convendría clarificar en la norma estatutaria el momento en que hay que iniciar el procedimiento. Asimismo, iniciados procedimientos de información y consulta, previstos para adoptar medidas colectivas de flexibilidad interna con la intención o finalidad de evitar o reducir extinciones contractuales, sería conveniente precisar si estos procedimientos servirían a efectos del posible futuro despido colectivo.