

Alejandro Muros Polo

Investigador predoctoral contratado FPU
Departamento de Derecho del Trabajo y
de la Seguridad Social
Universidad de Granada
amurospolo@ugr.es

[Power Point](#)



07/04/2021

LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE Y SU INFLUENCIA SOBRE LA CONFIGURACIÓN DEL ELEMENTO TEMPORAL DEL DESPIDO COLECTIVO EN EL DERECHO ESPAÑOL

1. INTRODUCCIÓN: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA EN TORNO AL ELEMENTO TEMPORAL DEL DESPIDO COLECTIVO

En los últimos años, tras diversos pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, las contradicciones existentes en torno a la regulación del despido colectivo en los ámbitos nacional y comunitario han quedado ciertamente patentes. Más aún tras la sentencia objeto de comentario, por la que se ha rectificado la interpretación que ha venido haciendo el Tribunal Supremo español en cuanto al cómputo del período temporal de noventa días.

A título introductorio, la regulación comunitaria, la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, define los despidos colectivos como aquellos “*despidos efectuados por un empresario, por uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores*” en función de que superen los umbrales de despidos, a elección de los Estados miembros, para un período de 30 días (al menos 10 en centros de trabajo que empleen habitualmente más de 20 y menos de 100 trabajadores; al menos el 10% en centros de trabajo de entre 100 y menos de 300 trabajadores y al menos 30 despidos en centros de trabajo que superen los 300 trabajadores) o para un período de 90 días (al menos igual a 20 despidos, sea cual sea el número de trabajadores habitualmente empleados en el centro de trabajo).

Sin embargo, la normativa de transposición, señaladamente el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores, define el despido colectivo como la extinción de contratos de trabajo fundada en causas económicas, técnicas, organizativas o productivas, acudiendo a la escala prevista en la Directiva para el período de 30 días pero en un período de 90, lo cual se ha mostrado *a priori* como más garantista por parte de la doctrina laboral. Además, el ET reconoce un supuesto que la Directiva no contempla: el despido colectivo por cierre de empresa, siempre que los trabajadores

afectados sean superiores a 5. De este modo, si observamos sendos ordenamientos, los elementos necesarios para que concurra la figura del despido colectivo y, por tanto, se activen sus garantías, se pueden dividir en: causal, cuantitativo-numérico y temporal.

Atendiendo al considerando 2 de la Directiva 98/59, la finalidad de tal normativa no es otra que reforzar la protección de los trabajadores en caso de despidos colectivos. Por consiguiente, una vez se cumplan los citados requisitos, se iniciará un procedimiento de información y consulta-negociación con los representantes de los trabajadores (*“las consultas versarán, como mínimo, sobre 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”* art. 2 Directiva), además de la pertinente notificación y control por parte de la autoridad pública competente.

Garantías que serán de obligado cumplimiento ya que, en caso contrario, se impondrá la nulidad de los despidos por parte del órgano judicial con base en los arts. 122.2.b), 124.11 y 124.13.a).3ª de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, según corresponda. Ello nos lleva a entender la importancia de que se den o no los requisitos constitutivos del despido colectivo, habida cuenta de las notables consecuencias de que no se observen las citadas garantías.

En efecto, el elemento temporal y su cómputo, al que se dedica el presente escrito, ha sido una cuestión muy controvertida al no haber sido precisado ni en la Directiva comunitaria ni en la normativa española. A tal fin, la jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS 11 de enero de 2017, rec. 2270/2015 y 23 de abril de 2012, rec. 2724/2011) consolidó el criterio de cómputo “hacia atrás” o retrospectivo con la fórmula de que: *“el día del despido constituye el día final del plazo (el “dies ad quem”) para las extinciones contractuales que se acuerden ese día y, al mismo tiempo, el día inicial (el “dies a quo”) para el cómputo del período de los 90 días siguientes”*. En definitiva, se pretendían evitar las demandas de “despido colectivo preventivas” para forzar a que en el acto del juicio solo se tuvieran en cuenta las extinciones contractuales anteriores a la fecha del despido impugnado, lo cual ya suscitó diversas críticas por parte de la doctrina especializada.

En cambio, el Tribunal Supremo también admitía otra opción, si bien más restringida, para el caso de que la empresa actuara de forma fraudulenta, con base precisamente en la teoría del fraude de ley. De hecho, *“esa norma general tiene como excepción el supuesto en que la empresa actúa de manera fraudulenta, en el que también cabe computar las extinciones producidas con posterioridad al despido objetivo cuestionado, como sucede si la proximidad entre el despido objetivo a examen y las extinciones posteriores es grande, lo que permite presuponer la existencia de una unidad de intención”* (véase, ATS de 27 de junio de 2018, rec. 4599/2017).

Último supuesto que no se debe confundir con el mecanismo antifraude que reconoce el propio art. 51.1, último párrafo, por el que *“cuando en periodos sucesivos de noventa días y con el objeto de eludir las previsiones contenidas en este artículo, la empresa realice extinciones de contratos al amparo de lo dispuesto en el artículo 52.c) en un número inferior a los umbrales señalados, y sin que concurran causas nuevas que justifiquen tal actuación, dichas nuevas extinciones se considerarán efectuadas en fraude de ley, y serán declaradas nulas y sin efecto”*. Regla antifraude, por tanto, que solo afectará a las nuevas extinciones contractuales posteriores a un despido colectivo ya efectuado, sin que se haya visto garantizado un período de cómputo superior a los 90 días (STS 26 septiembre de 2017, rec. 62/2017).

Con base en todo lo anterior —a salvo de la limitada aplicación de la teoría del fraude de ley—, pudieran haberse producido situaciones de arbitrariedad y discriminación al no poder computar las extinciones posteriores al despido individual impugnado en tanto no procediera aplicar el mecanismo antifraude. Esto es, despidos materialmente colectivos, por superar los umbrales, pero que hacían depender su calificación de las eventuales impugnaciones de los despidos posteriores, lo cual suponía una postura excesivamente rígida en contra del efecto útil de la Directiva.

2. COMENTARIO A LA STJUE 11 DE NOVIEMBRE DE 2020, C-300/19, MARCLEAN TECHNOLOGIES

2.1. ANTECEDENTES DE HECHO

Con el fin de facilitar la comprensión de la sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de noviembre de 2020, C-300/19, *Marclean Technologies*, se procede a destacar sus antecedentes de hecho más significativos:

- La controversia se origina entre UQ, demandante, y Marclean Technologies S.L.U., empleadora demandada. UQ ha venido prestando sus servicios para tal empresa desde 31/10/2016. El 28/05/2018 accedió a la situación de incapacidad temporal y el 31/05/2018 fue despedida, reconociendo su improcedencia la parte empresarial.

- Ante dicha situación, UQ presentó el día 11/06/2018 demanda de despido ante el Juzgado de lo Social n.º 3 de Barcelona (órgano remitente de la cuestión prejudicial planteada y resuelta por la sentencia objeto de comentario), solicitando la nulidad y, subsidiariamente, la improcedencia del despido.

- En el período que va desde el 31/05/2018 al 14/08/2018 se han extinguido 7 contratos de trabajo: 4 por causas no imputables a la persona del trabajador, 2 por cese voluntario y 1 por finalización de contrato temporal. Además, el 15/08/2018 se produjeron 29 “bajas voluntarias”, incorporándose todas ellas al día siguiente en otra empresa.

- El 15/08/2018 Marclean Technologies pone fin a su actividad.

2.2. CUESTIONES PREJUDICIALES PLANTEADAS

El Juzgado de lo Social n.º 3 de Barcelona, cumplimentando todos los trámites pertinentes, ha planteado petición de decisión prejudicial con base en el art. 267 TFUE al apreciar que la interpretación dada por parte del Tribunal Supremo en torno al modo de proceder al cómputo temporal podría entrar en contradicción con la finalidad de la Directiva 98/59. Tales cuestiones prejudiciales son las siguientes:

“¿El artículo 1, apartado 1, letra a), apartados i) y ii), de la [Directiva 98/59] debe interpretarse en el sentido de que el período de referencia de 30 o 90 días fijados para considerar la existencia de un despido colectivo siempre se ha de computar antes de la fecha en la que tuvo lugar el despido individual objeto de enjuiciamiento?

¿El artículo 1, apartado 1, letra a), apartados i) y ii), de la [Directiva 98/59] puede interpretarse en el sentido de que el período de referencia de 30 o 90 días fijados para considerar la existencia de un despido colectivo se puede computar después de la fecha en la que tuvo lugar el despido individual objeto de enjuiciamiento sin necesidad de que sean consideradas dichas extinciones posteriores fraudulentas?

Los períodos de referencia del artículo 1, apartado 1, letra a), apartados i) y ii), de la [Directiva 98/59,] ¿admiten una interpretación tal que permita tener en cuenta los despidos o extinciones ocurridas dentro de 30 o 90 días, ubicándose el despido objeto de enjuiciamiento dentro de dichos períodos?”

2.3. RESOLUCIÓN DE LAS CUESTIONES PREJUDICIALES PLANTEADAS

El Tribunal de Luxemburgo, como ya había hecho en otras sentencias, recuerda que el concepto de despido colectivo es un “concepto típico” de Derecho de la Unión y, por tanto, sus umbrales integradores no pueden quedar a disposición de los propios Estados miembros, pues ello les permitiría alterar el ámbito de aplicación de la Directiva 98/59 y privarla de eficacia.

De este modo, el Tribunal de Justicia rechaza el método de cómputo exclusivamente anterior o posterior al despido individual impugnado, ya que la Directiva no impone ninguno de estos límites. Entender lo contrario, más bien significaría en determinados supuestos impedir o dificultar la consecución de la finalidad de la Directiva 98/59, que no es otra que la de reforzar la protección de los trabajadores en los casos de despido colectivo. Por ello, para el Tribunal de Justicia conformar el período de referencia como todo período de 30 o 90 días (anterior y/o posterior) en el que se haya producido el despido individual impugnado, es el único método que casa con la finalidad de la citada Directiva. Es más, la única limitación, tal y como se recoge en las conclusiones del Abogado General Sr. Michal Bobek, presentadas el 11 de junio de 2020, consiste en que el período de referencia de 30 o 90 días ha de ser continuo.

2.4. PARTE DISPOSITIVA DE LA SENTENCIA

“El artículo 1, apartado 1, párrafo primero, letra a), de la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos, debe interpretarse en el sentido de que, a efectos de apreciar si un despido individual impugnado forma parte de un despido colectivo, el período de referencia previsto en dicha disposición para determinar la existencia de un despido colectivo ha de calcularse computando todo período de 30 o de 90 días consecutivos en el que haya tenido lugar ese despido individual y durante el cual se haya producido el mayor número de despidos efectuados por el empresario por uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores, en el sentido de esa misma disposición”.

3. EL NUEVO CÓMPUTO BIDIRECCIONAL EN LA DOCTRINA JUDICIAL ESPAÑOLA

La consagración del cómputo bidireccional del período de referencia del despido colectivo en la sentencia *Marclean Technologies* ya ha tenido sus primeras consecuencias (hasta la fecha) en la doctrina judicial española.

Por un lado, la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2020, rec. 55/2020, la cual resuelve una demanda de despido colectivo presentada por UGT-FICA contra ORACLE IBERICA, S.R.L., al aplicar dicho cómputo bidireccional del período de 90 días ha entendido que no concurre despido colectivo. En efecto, de los antecedentes de hecho se desprende que en una empresa con plantilla de más de 300 trabajadores, no se ha llegado al umbral de 30 despidos en un período de 90 días, ya que las 20 extinciones impugnadas, de fecha 18/10/2019, no se han acompañado de otras en dicho período de referencia. Asimismo, no ha procedido aplicar el mecanismo antifraude ya que las extinciones posteriores han obedecido a diferentes causas y no se ha tratado de períodos sucesivos de 90 días.

Por otro lado, la sentencia del Juzgado de lo Social n.º 3 de Barcelona, órgano remitente de la cuestión prejudicial discutida, ha resuelto la controversia entre UQ y Marclean Technologies, en el sentido de que aplicando el cómputo temporal bidireccional, las 29 “bajas voluntarias” posteriores al despido objetivo individual impugnado, y anteriores al cierre de empresa, no eran tales, ya que las extinciones estaban basadas en causas objetivas y en la motivación de readmisión en otra empresa, como así efectivamente se produjo. De este modo, el Juzgado de lo Social entiende que ha existido despido colectivo y declara nulo el despido individual impugnado, extinguiendo el contrato por imposibilidad de readmisión y fijando la indemnización y los salarios de tramitación correspondientes.

Por último, diversas sentencias de tribunales superiores de justicia de Cataluña y Madrid (rec. 4715/2020 y rec. 83/2021, respectivamente) han determinado la nulidad de despidos que han quedado fuera del procedimiento de despido colectivo, una vez que se han superado sus umbrales aplicando el cómputo temporal bidireccional o la llamada “regla del compás”.

4. CONCLUSIONES FINALES

El despido colectivo en el Derecho español, a raíz de las numerosas contradicciones con el Derecho social comunitario, necesita de una reconfiguración. La deficiente técnica de transposición y las últimas sentencias del Tribunal de Justicia así lo reflejan, sobre todo tras los casos *Rabal Cañas*, *Pujante Rivera* y *Ciupa y Socha*.

En lo que aquí respecta, el cómputo temporal tampoco ha estado exento de controversias. Una vez el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha pronunciado a favor del cómputo bidireccional, se plantean las siguientes cuestiones: ¿qué ocurre cuando el período de referencia de 90 días no coincide con el plazo de caducidad de 20 días de la acción de despido? Pues bien, ante esta situación, que se muestra más que probable, la doctrina ha elaborado dos posibles soluciones, no sin dificultades¹: i) incluir en la demanda de despido una referencia acerca de una eventual discusión en torno a la existencia de despido colectivo a futuro y ii) la posibilidad de extender el plazo de caducidad de 20 días en virtud del “principio de efectividad” comunitario, el cual está dirigido a garantizar que la aplicación del Derecho de la UE sea real y efectiva, en el sentido de eliminar aquellas normas, sobre todo procesales, que impidan el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario (STJUE 16 de mayo de 2000, C-78/98, *Shirley Preston*).

También procede indicar que a raíz de la “regla del compás”, sea más incierta la aplicación del mecanismo antifraude. Por tanto, se estima como oportuno que tal mecanismo opere a raíz de un despido colectivo previamente efectuado (o de hecho no impugnado), para que las extinciones posteriores individuales, fundadas en las mismas causas, sean declaradas nulas. De lo contrario, ello implicaría que se ampliara el período de cómputo de 90 a 180 días para estimar despido colectivo, lo cual ha sido negado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (STS 26 de septiembre de 2017, rec. 62/2017).

¹ Véase, BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: “Despido colectivo, cómputo del período de 90 días y la regla del compás (y, ¿el fin de la caducidad de 20 días?): a propósito de la STJUE 11/11/20 (C-300/19), *Marclean Technologies*” en su Blog, entrada de 16/11/20, disponible en: <https://ignasibeltran.com/2020/11/16/despido-colectivo-computo-del-periodo-de-90-dias-y-la-regla-del-compas-y-el-fin-de-la-caducidad-de-20-dias-a-proposito-de-la-stjue-11-11-20-c%e2%80%91300-19-marclean-technologies/>.

Por último, a la luz de los últimos vaivenes jurisprudenciales, es necesario calificar al despido colectivo como figura enormemente compleja, sobre todo en lo que respecta a la actuación empresarial. El preciso asesoramiento legal cuando la parte empresarial quiera llevar a cabo extinciones contractuales individuales, incluso acompañadas de modificaciones sustanciales (que podrán ser consideradas como “despidos en sentido estricto” a la hora del cómputo), será más que recomendable si no se quiere incurrir en incumplimiento de procedimiento y, por tanto, en nulidad.