

LA CONSTRUCCIÓN JUDICIAL DEL CONCEPTO DE DESPIDO COLECTIVO POR EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

FRANCISCO JAVIER GÓMEZ ABELLEIRA

Profesor Titular de Derecho del Trabajo. Universidad Carlos III de Madrid

DAVID DÍAZ ZAFORAS

Socio. Baker & McKenzie, Madrid

Revista Española de Derecho Europeo 57

Enero – Marzo 2016

Págs. 37 – 61

SUMARIO: I. EL CONCEPTO DE DESPIDO COLECTIVO EN LA DIRECTIVA 98/59. II. EL CÓMPUTO DE TRABAJADORES DE LA PLANTILLA. *1. El concepto de trabajador: un concepto autónomo del Derecho comunitario. 2. La inclusión de directivos y administradores en el cómputo de trabajadores del centro. 3. La inclusión de personas que realizan actividades prácticas en la empresa. 4. La noción de trabajadores «habitualmente» empleados: la problemática específica del cómputo de los trabajadores temporales.* III. LAS EXTINCCIONES COMPUTABLES A EFECTOS DE DESPIDO COLECTIVO. *1. El cómputo de las extinciones de contratos de duración determinada. 2. El cómputo de las extinciones por voluntad del trabajador tras una modificación sustancial de condiciones de trabajo. 3. El cómputo de otras extinciones en el período de referencia: ¿a qué se aplica el número mínimo de cinco?* IV. ÁMBITO DEL CÓMPUTO DE LAS EXTINCCIONES: EMPRESA Y CENTRO DE TRABAJO. V. CONCLUSIONES.

RESUMEN: Recientemente, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha dictado diversas sentencias abordando cuestiones importantes del concepto de despido colectivo. El análisis de la jurisprudencia comunitaria pone de relieve que se trata de un concepto complejo, integrado, a su vez, por elementos cualitativos y cuantitativos que se prestan a interpretaciones diversas: el concepto de trabajador –y

ABSTRACT: Recently, the Court of Justice of the European Union delivered a number of judgements dealing with important issues around the concept of collective redundancies. The analysis of the European case law shows that this is a complex concept, made up of a number of components, quantitative and qualitative, susceptible to different interpretations: the concept of employee –and its extension to cover such figures as

su extensión a figuras como los administradores societarios o los becarios–, el concepto de extinción contractual computable –y el problema de las extinciones por voluntad del trabajador tras una modificación sustancial decidida por el empleador–, el ámbito en el que debe realizarse el cómputo de extinciones, el concepto de centro de trabajo, entre otros. Se estudian las soluciones jurisprudenciales y su impacto en el Derecho español.

PALABRAS CLAVE: Despido colectivo; trabajador; administradores societarios; persona en prácticas; becarios; contratos de trabajo de duración determinada; extinción del contrato de trabajo; centro de trabajo.

Fecha de recepción del original: 12 de enero de 2016.

Fecha de aceptación: 19 de enero de 2016.

company directors and trainees–; the concept of termination of employment contracts to be assimilated to redundancy –and the issue of termination by the employee's will following a substantial modification of working conditions decided by the employer–; the unit in which the redundancies must be calculated; and the concept of establishment, among others. This work examines the solutions proposed by the case law and their impact on Spanish law.

KEYWORDS: Collective redundancies; employee; company directors; trainee; fixed-term employment contracts; termination of employment; establishment.

En 2015, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictó cinco sentencias en sendas cuestiones prejudiciales de interpretación de la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20.7.1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos. Se trata de un número relativamente elevado de sentencias, teniendo en cuenta que en los diez años inmediatamente anteriores, es decir, en el período de 2005 a 2014, el Tribunal había dictado un total de siete sentencias sobre dicha Directiva, datando, además, la última de marzo de 2011 (STJ, de 3.3.2011, as. Claes [C-235/10]). Más allá del dato numérico, lo cierto es que estas cinco resoluciones de 2015 abordan cuestiones del máximo interés en un tema que, en particular en España, viene ocupando una buena parte del debate jurídico desde la Reforma Laboral de 2012 (RD-Ley 3/2012 y Ley 3/2012) –un debate, por cierto, que en absoluto puede considerarse cerrado–. No extraña, por ello mismo, que de los cinco asuntos, dos tengan su origen en España (as. Rabal Cañas [C-392/13], as. Pujante [C-422/14]); los otros tres provienen, uno de Alemania (as. Balkaya [C-229/14]) y dos del Reino Unido (as. Lyttle [C-182/13], as. USDAW y Wilson [C-80/14]).

Las cuestiones planteadas en estos asuntos son numerosas, pero en lo esencial pueden reconducirse al fundamental tema del propio concepto de despido colectivo. El carácter clave de este tema se aprecia cuando se repara en los efectos prácticos de la incorrecta determinación del despido colectivo. El efecto jurídico de no respetar el procedimiento legal de despido colectivo, por no concluir correctamente que lo que se está acometiendo es tal, es la nulidad de las extinciones contractuales, con las consecuencias que ello acarrea en términos de readmisión, costes salariales de tramitación, entre otras. La importancia de contar con reglas claras y criterios interpretativos seguros se proyecta en la posibilidad de determinar con certeza que se está ante un despido colectivo, para entonces aplicar el procedimiento extintivo adecuado, que incluye, y esta es la esencia normativa de la Directiva 98/59, obligaciones empresariales de información y consulta de los representantes de los trabajadores.

I. EL CONCEPTO DE DESPIDO COLECTIVO EN LA DIRECTIVA 98/59

El artículo 1 de la Directiva se ocupa de perfilar el concepto de despido colectivo, utilizando a tal fin los siguientes elementos definitorios. En primer lugar, un elemento cualitativo, que consiste en la existencia de despidos «por uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores». A tales despidos se asimilan las extinciones del contrato de trabajo producidas por iniciativa del empresario en base a uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores, siempre y cuando los despidos sean al menos cinco. La Directiva excluye de su ámbito aplicativo, en cambio, los despidos colectivos efectuados en el marco de contratos de trabajo celebrados por una duración o para una tarea determinada, salvo si estos despidos tienen lugar antes de la finalización o del cumplimiento de esos contratos. También quedan excluidos los trabajadores de las administraciones públicas o de las instituciones de Derecho público (o las entidades equivalentes en los Estados miembros en que no conozcan esta noción).

Además del elemento cualitativo, el concepto de despido colectivo se perfila mediante un segundo elemento, de índole cuantitativa, que se plasma en la exigencia de un número mínimo de despidos; número que, a su vez, puede medirse, a elección de cada Estado miembro, bien en un período de 30 días, bien en un período de 90 días. En el primer caso (período de 30 días), el número mínimo es al menos igual a 10 en los centros de trabajo que empleen habitualmente más de 20 y menos de 100 trabajadores, al menos el 10% del número de los trabajadores en los centros de trabajo que empleen habitualmente como mínimo 100 y menos de 300 trabajadores, o al menos igual a 30 en los centros de trabajo que empleen habitualmente 300 trabajadores. En el segundo caso (período de 90 días), el número mínimo es al menos igual a 20, sea cual fuere el número de los trabajadores habitualmente empleados en los centros de trabajo afectados.

Pese al detalle con que la Directiva concreta los elementos cualitativo y cuantitativo del concepto de despido colectivo, lo cierto es que algunas de las nociones utilizadas plantean varias incógnitas. Para empezar, el concepto de despido colectivo se asienta sobre una noción de «despido» que no se define, y de la que simplemente se dice que computarán los despidos que tengan lugar «por uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores». A continuación, se introduce una segunda noción problemática, que es la de las extinciones «asimiladas»: extinciones del contrato de trabajo producidas por iniciativa del empresario en base a uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores. Tales extinciones asimiladas solamente se computarán cuando el número de despidos sea al menos de cinco. Por último, una tercera noción problemática es la de las extinciones de contratos temporales; en este punto, la Directiva ofrece una redacción especialmente farragosa y de difícil comprensión: se dice literalmente que la Directiva no se aplicará «a los despidos colectivos efectuados en el marco de contratos de trabajo celebrados por una duración o para una tarea determinadas, salvo si estos despidos tienen lugar antes de la finalización o del cumplimiento de esos contratos».

En el plano del elemento cuantitativo, el cómputo de despidos y extinciones asimiladas debe realizarse en un período temporal y en un ámbito que es, literalmente, el del centro de trabajo. Sin embargo, la claridad derivada del uso insistente y sistemático de la noción de «centro de trabajo» contrasta con la inveterada utilización por parte de nuestra legislación interna de la noción de «empresa»: aún a día de hoy el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores (RD Legislativo 2/2015; en adelante, ET) impone el cómputo del número de trabajadores, en períodos de 90 días, empleando insistente y sistemáticamente la noción de «empresa». Aparentemente, las únicas justificaciones para el empleo del concepto de «empresa» consistirían, o bien en el artículo 5 de la Directiva, que mantiene incólume la facultad de los Estados miembros de aplicar o de introducir disposiciones legales, reglamentarias o administrativas más favorables para los trabajadores, o bien en suponer una utilización imprecisa de la noción de empresa, como por cierto ocurre en otros pasajes de la legislación laboral (por ejemplo, a propósito de la regulación de la representación legal de los trabajadores). Por lo demás, el cómputo de extinciones exige un cómputo previo, que es el del número de trabajadores empleados, lo que a su vez plantea el problema de definir –lo que la Directiva no hace– el concepto mismo de trabajador.

La complejidad del concepto comunitario de despido colectivo, multiplicada por las interacciones entre la Directiva y las legislaciones internas, está en la base de las múltiples cuestiones prejudiciales resueltas en 2015 por el Tribunal de Justicia. La ordenación de tales cuestiones puede hacerse en torno a tres núcleos temáticos: en primer lugar, el concepto de trabajador computable en plantilla, noción sin cuya aclaración no es posible realizar correctamente el cómputo de las extinciones y despidos; en segundo lugar, el concepto de las extinciones computables; y en tercer y último lugar, el ámbito –centro de trabajo o empresa– en que debe realizarse el cómputo.

II. EL CÓMPUTO DE TRABAJADORES DE LA PLANTILLA

En el artículo 1.1 a) i) de la Directiva 98/59, el concepto de despido colectivo se hace depender del número de trabajadores de la plantilla, en la medida en que el elemento cuantitativo del concepto –el número de despidos y extinciones asimiladas– varía en función del número de trabajadores empleados habitualmente en el centro de trabajo. Resulta crucial, por ello, en primer lugar, definir con claridad qué es un trabajador. También es igualmente relevante determinar qué trabajadores pueden considerarse empleados «habitualmente» en el centro de trabajo.

1. EL CONCEPTO DE TRABAJADOR: UN CONCEPTO AUTÓNOMO DEL DERECHO COMUNITARIO

Para determinar qué trabajadores pueden considerarse empleados «habitualmente», lo que ofrece la Directiva misma es más bien poco, empezando por el hecho de que carece de una definición del término «trabajador». Esto último, sin embargo, es lo que acontece, en general, en las normas comunitarias que emplean este

término, lo que ha conducido a que su delimitación conceptual haya sido el resultado de la elaboración jurisprudencial, no legislativa.

Esta elaboración comenzó tempranamente, al hilo de una institución tan fundamental para el Derecho comunitario como la libre circulación de personas. En su clásica sentencia Unger (1964), el Tribunal de Justicia estableció que el término «trabajadores», utilizado en el Derecho originario, tiene «alcance comunitario» y que «el concepto de “trabajador” contenido en [el Tratado Constitutivo] se rige, no por el Derecho interno, sino por el Derecho comunitario»¹. Esta exigencia de autonomía y uniformidad en orden al concepto de trabajador resulta de una lógica fraguada en el tema de la libre circulación de trabajadores, pero es perfectamente trasladable a otras áreas: se trata de garantizar que el ámbito de aplicación de una determinada institución del Derecho comunitario no quede al arbitrio de los legisladores nacionales, lo que, en el caso específico del despido colectivo y de la Directiva 98/59, se traduce en garantizar un concepto uniforme de despido colectivo y un coextenso ámbito, igualmente uniforme, de aplicación de la norma. De no ser así, el concepto de despido colectivo estaría, como advierte la sentencia Balkaya, «a disposición de los Estados miembros, lo que permitiría a éstos alterar el ámbito de aplicación de la citada Directiva y privarla de su plena eficacia»². A la postre, se trata «de garantizar una protección comparable de los derechos de los trabajadores en los diferentes Estados miembros y equiparar las cargas que estas normas de protección suponen para las empresas de la Unión Europea»³.

No parece discutible que la elaboración del concepto autónomo o comunitario de trabajador debe asentarse en «criterios objetivos», entendiendo por tales, en la aquilatada y clásica expresión de la sentencia Lawrie-Blum (1986), los «que caractericen la relación laboral teniendo en cuenta los derechos y deberes de las personas afectadas»⁴. Parece igualmente razonable que, «para apreciar su significado», se recurra, como propuso el Tribunal de Justicia en la sentencia Levin (1982), «a los principios de interpretación generalmente admitidos, partiendo del sentido ordinario que debe atribuirse a los términos en su contexto y a la luz de los objetivos [de la norma]»⁵. Este «sentido ordinario» es, con seguridad, el propio de la cultura jurídica común a los países europeos, una cultura en este concreto punto totalmente cristalizada, y de la que es representativa, por ejemplo, España: un país en el que, después de numerosísimas reformas laborales de hondo calado, el artículo 1.1 del vigente Estatuto de los Trabajadores (RDL 2/2015) es virtualmente idéntico al artículo 1.1 del original Estatuto de los Trabajadores de 1980, precepto éste que a su vez, en palabras de la doctrina más autorizada, «sustituye, sin variaciones de fondo notables, tanto la definición de contrato de trabajo del artículo 1 [de la Ley de Contrato

1. STJ, de 19.3.1964, as. Unger (C-75/63).

2. STJ, de 9.7.2015, as. Balkaya (C-229/14), apartado 33.

3. STJ, de 9.7.2015, as. Balkaya (C-229/14), apartado 32.

4. STJ, de 3.7.1986, as. Lawrie-Blum (C-66/85), apartado 17.

5. STJ, de 23.3.1982, as. Levin (C-53/81), apartado 9.

de Trabajo de 1944] como la descripción del ámbito de aplicación de la “legislación laboral” del artículo 1 [de la Ley de Relaciones Laborales de 1976]»⁶.

El «sentido ordinario» remite, por tanto, a las clásicas «notas de laboralidad», a los comúnmente aceptados «presupuestos sustantivos de la relación laboral, a saber, la dependencia, la ajenidad y la remunerabilidad»⁷. Por utilizar los términos de la citada sentencia Lawrie-Blum, la «característica esencial de la relación laboral es la circunstancia de que una persona realiza, durante un cierto tiempo, en favor de otra y bajo la dirección de ésta, ciertas prestaciones, por las cuales percibe una remuneración»⁸. Ahora bien, la supuesta claridad conceptual que estas notas de laboralidad tienen en abstracto no se traduce, ni mucho menos, en uniformidad en los ordenamientos nacionales. Ya no es solo que la calificación de una relación de servicios como laboral –y consecuentemente la calificación de quien presta estos servicios como trabajador (por cuenta ajena)– carezca de un marco unificado en Europa; es que los problemas de calificación son persistentes incluso bajo un mismo ordenamiento jurídico. Y esto último ocurre, no tanto como resultado de la acción legislativa, sino sobre todo a resultas de la actividad judicial, que genera continuos reajustes y reconfiguraciones en las llamadas «zonas grises» del contrato de trabajo⁹, hasta el punto de poderse afirmar que, en este tema, los jueces tienen atribuido «un poder virtualmente ilimitado»¹⁰.

La inevitable diversidad de calificaciones jurídicas de una misma relación de servicios ha sido abordada por el Tribunal de Justicia estableciendo la importante doctrina de «que la naturaleza jurídica *sui generis* de la relación laboral con respecto al Derecho nacional no puede tener consecuencias de ningún tipo en cuanto a la condición de trabajador a efectos del Derecho comunitario»¹¹. Desde la óptica comunitaria, es poco o nada relevante que un ordenamiento como el británico introduzca la distinción jurídica entre «employee» y «worker», o que en el belga persista la diferencia entre «employé» y «ouvrier», o que, en fin, el Derecho español califique de «especiales» toda una panoplia de relaciones laborales. Es claro, en cambio, que desde la óptica interna o nacional, la atribución de la condición de trabajador a una determinada persona por parte del Tribunal de Justicia es relevante y, dada la primacía del

6. ALONSO OLEA, M., *El Estatuto de los Trabajadores. Texto y Comentario Breve*, Civitas, Madrid, 1980, p. 18.

7. DE LA VILLA GIL, L. E., «El concepto de “trabajador” (En torno al artículo 1.1)», *El Estatuto de los Trabajadores. Veinte años después. Edición Especial del Número 100 de la Revista Española de Derecho del Trabajo*, Civitas, Madrid, 2000, p. 40.

8. STJ, de 3.7.1986, as. Lawrie-Blum (C-66/85), apartado 17.

9. «Zonas grises», expresión que tomamos de los imprescindibles estudios de MARTÍN VALVERDE, A., «Fronteras y “zonas grises” del Derecho del Trabajo en la jurisprudencia actual (1980-2001)», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 38 (2002), y «Fronteras y “zonas grises” del contrato de trabajo: reseña y estudio de la jurisprudencia social (2002-2008)», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 83 (2009).

10. DE LA VILLA GIL, L. E., *op. cit.*, p. 57.

11. STJ, de 20.9.2007, as. Kiiski (C-116/06), apartado 26.

ordenamiento comunitario y de su interpretación por el Tribunal, obliga al intérprete interno o nacional a asumir la evolución del concepto comunitario de trabajador.

La traslación de esta doctrina al ámbito específico del despido colectivo es obvia: con independencia de la calificación jurídica que una determinada relación de servicios merezca a ojos del ordenamiento interno de un país, su naturaleza laboral según el Derecho comunitario obliga al intérprete de ese país a incluirla en el cómputo del número de trabajadores del centro de trabajo.

En la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto *Balkaya*, las cuestiones problemáticas de calificación afectan a dos categorías distintas de personas. Por un lado, se suscita el problema de calificar, a efectos del cómputo de trabajadores del centro de trabajo, a quien, con arreglo al Derecho alemán, se considera vinculado por un «contrato de administrador» con una sociedad de capital. Por otro lado, se plantea también la cuestión de qué consideración hay que dar, con arreglo al Derecho comunitario, a quien realiza una actividad práctica en una empresa, como trabajo en prácticas, sin percibir una retribución del empresario pero sí una ayuda o subvención pública de fomento del empleo en razón de dicha actividad.

2. LA INCLUSIÓN DE DIRECTIVOS Y ADMINISTRADORES EN EL CÓMPUTO DE TRABAJADORES DEL CENTRO

En el asunto *Balkaya*, se plantea si una persona que tiene un «contrato de administrador» (con arreglo al Derecho alemán) y es miembro del órgano de dirección de una sociedad de capital puede ser considerado trabajador. De las notas de laboralidad –ajenidad, subordinación, remuneración–, aparentemente cabría cuestionar la concurrencia de la nota de subordinación o dependencia. A este respecto, la primera advertencia que deja clara el Tribunal es que el cuestionamiento no puede hacerse sobre una base formal, nominal u orgánica: «el hecho de que una persona tenga la condición de miembro de un órgano de dirección de una sociedad de capital no puede excluir por sí solo que esa persona se halle en una relación de subordinación respecto a dicha sociedad». El cuestionamiento debe hacerse, por tanto, sobre una base material o funcional, procediendo a «examinar las condiciones en las que ese miembro fue contratado, la naturaleza de las funciones que se le encomendaron, el marco en que se ejercen estas últimas, el alcance de las facultades del interesado y el control de que es objeto en el seno de la sociedad, así como las circunstancias en que puede ser destituido»¹².

En aplicación de esta doctrina, el Tribunal desgrana el contenido de la relación jurídica entre el administrador y la sociedad¹³, destacando los siguientes elementos:

- Se trata de una persona que es nombrada por la junta de socios de la sociedad, la cual puede poner fin a su mandato en todo momento contra la voluntad del directivo.

12. STJ, de 9.7.2015, as. *Balkaya* (C-229/14), apartado 38.

13. STJ, de 9.7.2015, as. *Balkaya* (C-229/14), apartados 40-42.

- La junta de socios impone prescripciones y limitaciones que afectan a la actividad del directivo.
- Éste, en el ejercicio de su actividad, está sujeto a la dirección y al control de la junta de socios.
- El directivo percibe una retribución de la sociedad a cambio de su actividad.

A estos elementos el Tribunal añade uno más: el directivo no posee ninguna participación en la sociedad para la que trabaja. Sin embargo, el propio Tribunal parece rebajar su importancia al decir que este elemento no es «determinante por sí solo en este contexto»¹⁴. No es este el lugar para entrar a fondo en esta cuestión, pero es evidente que una participación en el capital social de escasa importancia no podría llevar a una conclusión contraria a la sostenida previamente; distinto sería el caso si la participación fuera importante o, en todo caso, si implicara el control de la sociedad.

Un argumento adicional al que se enfrenta el Tribunal es el planteado por la empresa y por el Gobierno estonio, según el cual un administrador como el que protagoniza este caso «no necesita la protección que ofrece la Directiva 98/59»¹⁵. Se trata de un argumento finalista o teleológico en el que está implícita una consideración del Derecho del Trabajo como exclusivamente tuitivo del contratante débil. Al margen de que esta consideración pueda tacharse de reduccionista –tema de calado teórico que no cabe desarrollar aquí–, lo cierto es que el Tribunal la desestima con dos fundamentos de índole muy distinta. En primer lugar, con un fundamento que niega el presupuesto fáctico en que se mueve el argumento, es decir, que rechaza que «un empleado que es miembro de la dirección de una sociedad de capital, concretamente de una pequeña o mediana sociedad», no pueda reputarse contratante débil y no pueda, por tanto, hallarse en una situación similar a la de otros trabajadores «en lo que respecta a la necesidad de mitigar las consecuencias de su despido»¹⁶. Y en segundo lugar, con un fundamento de índole más colectiva, que toma en consideración la finalidad de protección del conjunto de trabajadores del centro de trabajo: no tener «en cuenta a los miembros de la dirección de una sociedad de capital en el cálculo del número de trabajadores empleados previsto en el artículo 1, apartado 1, letra a), de la Directiva 98/59, puede no sólo afectar a la protección que esta Directiva concede a tales miembros, sino sobre todo privar al conjunto de trabajadores empleados por determinadas empresas, que cuentan normalmente con más de 20 trabajadores, de los derechos que les confiere dicha Directiva y menoscabar por ello el efecto útil de ésta»¹⁷.

14. STJ, de 9.7.2015, as. Balkaya (C-229/14), apartado 40.

15. STJ, de 9.7.2015, as. Balkaya (C-229/14), apartado 45.

16. STJ, de 9.7.2015, as. Balkaya (C-229/14), apartado 46.

17. STJ, de 9.7.2015, as. Balkaya (C-229/14), apartado 47.

3. LA INCLUSIÓN DE PERSONAS QUE REALIZAN ACTIVIDADES PRÁCTICAS EN LA EMPRESA

La sentencia Balkaya se ocupa, en segundo lugar, de un colectivo que, en contraposición a los administradores o directivos a los que se refiere en su primera parte, cabe ubicar en el otro extremo del espectro sociolaboral. Se cuestiona, ahora, la inclusión en el cómputo de trabajadores de plantilla de aquellas personas que realizan una actividad práctica en la empresa, es decir, de aquellas personas que se encuentran «en prácticas» o «en formación», y en las que el elemento importante a tener en cuenta es que buscan «adquirir conocimientos o profundizar en estos» o «seguir una formación profesional». Concorre, además, en el caso el hecho de que no perciben «una retribución del empresario» por la actividad práctica que llevan a cabo, sino «una ayuda económica del organismo público encargado de fomentar el empleo por esa actividad, reconocida por este organismo»¹⁸.

Si de lo que se trata es de cuestionar la laboralidad de estas relaciones, los argumentos ortodoxos radicarían, probablemente, tanto en su falta de remuneración –al menos, de remuneración a cargo del empleador–, cuanto en la falta de actividad propiamente laboral: la actividad que realiza quien se halla en prácticas formativas sería más de aprendizaje o preparación profesional y no podría, por ello, ser considerada «trabajo». El acento se pondría, así, en que la actividad redunde en beneficio de la persona en formación, más que en beneficio de la empresa, y esto, a su vez, quedaría reforzado, en términos de racionalidad económica, por el hecho de que la empresa no esté dispuesta a pagar, y no pague de hecho, una remuneración.

Esta puesta en cuestión de la laboralidad, sin embargo, no puede hacerse en el marco de ningún Derecho nacional o interno, esto es, no puede hacerse con criterios extraídos de normas o jurisprudencia internas. Ello es coherente con la autonomía del concepto de trabajador en Derecho comunitario. A este respecto, el Tribunal de Justicia reitera doctrina suya anterior en el sentido de que «el contexto jurídico de la relación laboral en Derecho nacional en el marco de la cual se realiza una formación profesional o una actividad en prácticas» no puede «tener ningún tipo de consecuencias respecto al reconocimiento o no de una persona como trabajadora»¹⁹. Es evidente, no obstante, que otorgar la consideración de trabajador a una persona en prácticas formativas exige una motivación que impugne los argumentos «ortodoxos» a que nos hemos referido un párrafo arriba.

Al respecto de la consideración «laboral» que merece una actividad formativa o en prácticas en una empresa, el Tribunal de Justicia recuerda su asentada jurisprudencia de la que resulta que el concepto comunitario de trabajador «comprende también a las personas que desarrollan una actividad en prácticas de carácter preparatorio o períodos de aprendizaje en una profesión, los cuales pueden ser considerados una preparación práctica relacionada con el propio ejercicio de la profesión de

18. STJ, de 9.7.2015, as. Balkaya (C-229/14), apartado 49.

19. STJ, de 9.7.2015, as. Balkaya (C-229/14), apartado 51.

que se trate, dado que tales períodos se efectúan en las condiciones de una actividad retribuida real y efectiva, en favor de un empresario y bajo la dirección de éste»²⁰. Ahora bien, la referida jurisprudencia se ha formado en casos en que estaba en juego la libertad de circulación de los trabajadores²¹, por lo que es legítimo preguntarse hasta qué punto la lógica de esta fundamental institución, que condiciona naturalmente las interpretaciones de conceptos básicos como el de «trabajador», puede extenderse a un área que, como la del despido colectivo, responde a principios y objetivos muy distintos. A este respecto, el Tribunal de Justicia no formula consideración alguna en la sentencia *Balkaya*, limitándose a extender, sin más, la doctrina que considera trabajadores a quienes realizan actividades prácticas con fines esencialmente formativos.

Este es un tema en el que se aúnan dificultad jurídica y trascendencia social, y en el que los distintos ordenamientos vienen tratando de hilar múltiples distinciones y regímenes, todo ello a fin de equilibrar los intereses concurrentes: el de la persona en formación, el de la empresa y el general de la sociedad en el buen funcionamiento del mercado de trabajo. A grandes rasgos, se plantean dos regímenes, el de las prácticas o aprendizajes laborales –que se asimilan a contratos de trabajo, aunque con un régimen jurídico normalmente diferenciado– y el de las prácticas o formaciones no laborales. El detalle de la regulación de sus respectivos ámbitos, así como de sus singularidades jurídicas, solo puede hacerse en cada ordenamiento interno, sobre la base de su compatibilidad con varios sistemas que, a su vez, suelen presentar importantes peculiaridades en cada Estado: el laboral, el educativo, el de formación profesional y el de fomento de empleo. Es por ello que una calificación global como trabajador de toda persona en prácticas o que realiza una actividad formativa mediante la realización de tareas análogas a las que realizan los trabajadores resulta quizá desacertada.

Conviene insistir, en cualquier caso, en que, para que resulte operativa la consideración de trabajador, el Tribunal de Justicia impone la exigencia de que la persona en prácticas realice actividad laboral real y efectiva; esto es, su formación debe producirse mediante la actividad laboral. De otro modo, si la formación es pura o fundamentalmente «lectiva» o si la persona se limita a observar el trabajo de otro, no procederá, en ningún caso, la asimilación. La clave no radica, por tanto, en la productividad –el Tribunal recuerda que «la conclusión no queda desvirtuada por el hecho de que la productividad del interesado sea escasa»²²–, sino en la asunción por la persona en prácticas de tareas reales, las que sean propias de un oficio, puesto o profesión, incluso aunque se desarrollen, como también recuerda el Tribunal, de manera incompleta.

20. STJ, de 9.7.2015, as. *Balkaya* (C-229/14), apartado 50.

21. Nos referimos a las siguientes sentencias del Tribunal de Justicia: de 3.7.1986, as. *Lawrie-Blum* (C-66/85); de 26.2.1992, as. *Bernini* (C-3/90); de 19.11.2002, as. *Kurz* (C-188/00); y de 17.3.2005, as. *Kranemann* (C-109/04).

22. STJ, de 9.7.2015, as. *Balkaya* (C-229/14), apartado 50.

El cuestionamiento del carácter laboral de la actividad de prácticas también puede venir motivado en la ausencia de remuneración, al menos de remuneración pagada por la empresa. En el asunto *Balkaya*, la persona en prácticas no percibía remuneración alguna de la empresa, aunque sí recibía un subsidio o subvención a cargo del servicio público de empleo. Para el Tribunal, «el origen de los recursos destinados a la retribución del interesado y, en particular, como sucede en este caso, la financiación de ésta mediante subvenciones públicas», no pueden tener «ningún tipo de consecuencias respecto al reconocimiento o no de una persona como trabajadora»²³. Es cierto que, en apoyo de esta tajante conclusión, el Tribunal cita tres precedentes judiciales, pero es justamente uno de los citados –el asunto *Bettray*– el que nos interesa traer a colación aquí para poner el contrapunto a esta, a nuestro entender, controvertida conclusión.

En el asunto *Bettray*²⁴, el litigio enfrenta a un nacional alemán con el Estado neerlandés por un permiso de residencia que aquel solicita alegando como motivo su condición de trabajador. En concreto, el Sr. *Bettray* había sido contratado por una empresa neerlandesa, al amparo de una ley neerlandesa sobre empleo social que tiene por objetivo «proporcionar trabajo con el fin de mantener, recuperar o promover la aptitud laboral de personas que, por tiempo indefinido, por razón de las circunstancias que concurren en su estado, no están en condiciones de trabajar en condiciones normales»²⁵. Pues bien, el Tribunal consideró en esta ocasión que «las actividades ejercidas en el ámbito de la [citada Ley] no pueden considerarse actividades económicas reales y efectivas, puesto que constituyen tan sólo un medio de reeducación o inserción de las personas que las ejercen y que el trabajo remunerado, concebido con arreglo a las posibilidades físicas y mentales de cada persona, tiene por objeto permitir que los interesados recuperen, en un plazo más o menos largo, la capacidad para ocupar un empleo normal o facilitarles el acceso a un medio de vida que se acerque lo más posible a la normalidad»²⁶. Reeducación o inserción, de un lado, y formación, de otro, no son conceptos que se hallen tan alejados. Lo relevante es, en todos los casos, que la calificación de alguien como trabajador depende de la finalidad principal a que responde la actividad: si esta finalidad es predominantemente social (educativa, reeducativa, reinsertiva, formativa, etc.), la actividad laboral no debiera considerarse realizada en el marco de una relación contractual laboral. Distinto es el caso en que la finalidad laboral predomine, por existir un fruto del trabajo del que se apropia la empresa u organización, pues en tal caso, la calificación de la persona como trabajador no debería cuestionarse. El hecho de que la organización o empresa se cree «ad hoc», con la finalidad educativa o reinsertiva, como ocurre en el caso *Bettray*, no debe marcar una diferencia jurídica relevante, puesto que dichas finalidades –que son de interés social y por tanto gestionadas por las Administraciones públicas– pueden alcanzarse tanto por medios propios

23. STJ, de 9.7.2015, as. *Balkaya* (C-229/14), apartado 51.

24. STJ, de 31.5.1989, as. *Bettray* (C-344/87).

25. STJ, de 31.5.1989, as. *Bettray* (C-344/87), apartado 5.

26. STJ, de 31.5.1989, as. *Bettray* (C-344/87), apartado 17.

de las Administraciones, como por medios ajenos (privados) concertados (como el que puede constituir una empresa real con ánimo de lucro, que colabora con las Administraciones en los programas educativos o sociales de que se trate).

La conclusión de todo ello es que la inclusión indiscriminada de las personas que realizan prácticas formativas en una empresa u organización en el ámbito aplicativo de la Directiva 98/59 no es del todo acertada, al poner en entredicho la esencia misma del concepto de trabajo por cuenta ajena, que, como recuerda la mejor doctrina, «hace referencia al destino de la utilidad patrimonial del trabajo asalariado»²⁷: cuando esta utilidad es ínfima y lo predominante en la actividad es la utilidad que reporta a quien la realiza (que mejora su formación, que complementa su educación formal con un aprendizaje práctico, que se reeduca, que acaba reinsertándose en el mercado de trabajo real, etc.), la calificación no puede ser la de trabajador, al menos no a los efectos de la Directiva 98/59. Y un muy buen indicio de la falta de utilidad patrimonial para la empresa u organización en que se realiza la actividad es el hecho de que esta no sea la que remunera a quien la realiza.

4. LA NOCIÓN DE TRABAJADORES «HABITUALMENTE» EMPLEADOS: LA PROBLEMÁTICA ESPECÍFICA DEL CÓMPUTO DE LOS TRABAJADORES TEMPORALES

El cómputo de los trabajadores de un centro de trabajo va referido, según la Directiva 98/59, a los *habitualmente* empleados en él. La Directiva no ofrece precisión adicional alguna sobre cómo interpretar la habitualidad. Parece razonable entender que un trabajador con contrato indefinido encaja, sin más consideraciones, en esta idea de empleo habitual. El problema lo plantean específicamente los trabajadores temporales o con contratos de duración determinada, y es a él al que se enfrenta el Tribunal de Justicia en el asunto Pujante, al abordar la primera de las cuestiones prejudiciales suscitadas en el mismo. Repárese en que una cosa es que las extinciones de contratos de duración determinada por llegada del término no se contabilicen como despidos o extinciones a efectos de los umbrales del despido colectivo (es la exclusión derivada del artículo 1.2 *a* de la Directiva, a la que nos referiremos luego), y otra bien distinta que los trabajadores con contratos de duración determinada no se computen a efectos de determinar el número de los empleados habitualmente en el centro de trabajo. Esto último no se deduce de ningún pasaje de la Directiva.

Para responder a esta cuestión, el Tribunal de Justicia parte del concepto de trabajador a que nos hemos referido con detalle anteriormente, para sentar la importante premisa de que un trabajador temporal, con contrato de duración determinada, es, sin margen de discusión, un trabajador, al reunir todas las «características esenciales» de aquel concepto²⁸. A continuación, visto que la Directiva «no establece distinciones según la duración de los contratos», el Tribunal razona que «no cabe

27. MONTOYA MELGAR, A., «El trabajo por cuenta ajena. Un apunte sobre las predicciones marxistas acerca de su abolición», en DE LA VILLA GIL, L. E. (Coord.), *El Trabajo*, Ed. Univ. Ramón Areces, Madrid, 2011, p. 133.

28. STJ, de 11.11.2015, as. Pujante Rivera (C-422/14), apartado 30.

concluir de inmediato que las personas con un contrato de trabajo celebrado por una duración o para una tarea determinadas no pueden considerarse trabajadores “habitualmente” empleados en el centro de trabajo de que se trate»²⁹. Es cierto, por otro lado, que el ámbito de aplicación de la Directiva 98/59, que es el concepto de despido colectivo, es indisponible para los Estados, que por ello no pueden, por ejemplo, excluir «una determinada categoría de trabajadores del cálculo del número de trabajadores empleados»³⁰.

Hasta aquí, el razonamiento del Tribunal lleva a entender que la exclusión del cómputo de cualesquiera trabajadores temporales sería contraria a la Directiva. Ahora bien, esta conclusión quizá sea excesiva: ¿cualquier trabajador temporal computa?, ¿también los contratados por un período corto de unos pocos días o unas pocas semanas? ¿Qué sentido tiene, entonces, el adverbio «habitualmente»? Nótese que este adverbio, que se utiliza en la Directiva 98/59, no aparece, en cambio, en la Directiva 2002/14, que regula las obligaciones de información y consulta según el volumen de empleo del centro de trabajo. Y, sin embargo, paradójicamente, en esta última Directiva se habilita expresamente a los Estados para determinar «el modo de calcular el número de trabajadores empleados», lo que no se hace en la que nos ocupa aquí.

La razón que, a continuación, el Tribunal aduce para, en el concreto caso que se enjuicia, sostener que los trabajadores cuyos contratos finalizaron en julio de 2013 deben considerarse «habitualmente» empleados en el centro de trabajo, resulta bastante equívoca, por contradictoria con su propio discurso principal: «esos trabajadores habían sido contratados cada año para una tarea determinada»³¹. ¿Se computan, entonces, porque se trata de trabajadores que son contratados de manera recurrente? ¿No se computarían, entonces, los trabajadores temporales que son contratados una sola y puntual vez? El Tribunal no arroja luz alguna sobre estas cuestiones, más bien nos vuelve a dejar confusos cuando, más adelante, a punto de formular su conclusión, se expresa en estos términos: «a efectos de cálculo de los efectivos de un centro de trabajo para la aplicación de la Directiva 98/59, la naturaleza de la relación laboral no es pertinente»³²; y cuando, ya en la formulación de la respuesta a la cuestión prejudicial, sostiene que «los trabajadores con un contrato celebrado por una duración o para una tarea determinadas deben considerarse incluidos entre los trabajadores “habitualmente” empleados»³³.

29. STJ, de 11.11.2015, as. Pujante Rivera (C-422/14), apartados 32-33.

30. STJ, de 11.11.2015, as. Pujante Rivera (C-422/14), apartado 34. En este sentido, véase la STJ, de 18.1.2007, as. Confédération Générale du Travail (C-385/05), que declara contraria al Derecho comunitario (a efectos de las Directivas 2002/14 y 98/59) la exclusión del cómputo de la plantilla de los trabajadores menores de 26 años, incluso aunque esta exclusión fuera temporal.

31. STJ, de 11.11.2015, as. Pujante Rivera (C-422/14), apartado 36.

32. STJ, de 11.11.2015, as. Pujante Rivera (C-422/14), apartado 40.

33. STJ, de 11.11.2015, as. Pujante Rivera (C-422/14), apartado 41.

Si, como dice el Tribunal, «la naturaleza de la relación laboral no es pertinente», resulta difícil encontrarle sentido al adverbio «habitualmente» que utiliza la Directiva. Por un lado, lo habitual no puede medirse en un lapso temporal tan corto como un solo día: el número de trabajadores empleados por una empresa en un día dado no puede ofrecer indicación alguna acerca de lo que es o no es habitual. Sorprende, por ello, que en el Derecho interno español, para el cómputo de la plantilla de la empresa se incluya «la totalidad de los trabajadores que presten servicios en la misma en el día en que se inicie el procedimiento» (artículo 1.1 del Reglamento de los Procedimientos de Despido Colectivo y de Suspensión de Contratos y Reducción de Jornada; RD 1483/2012). Pero, por otro lado, si la determinación de lo habitual exige la contemplación de un período relativamente dilatado (entre seis y doce meses sería seguramente razonable), ello es con el fin de obtener una cifra que refleje el volumen habitual de plantilla, es decir, el volumen medio o normal: en este contexto, el tipo de contrato es seguramente lo más relevante, sobre todo porque las oscilaciones de volumen suelen responder a contrataciones de duración determinada y sus correspondientes extinciones, o a la existencia de contratos de fijos-discontinuos, o a la existencia, en fin, de trabajadores a tiempo parcial, con sus múltiples posibilidades de distribución de la jornada anual de trabajo³⁴. Si se renuncia a obtener una cifra de empleo habitual y se opta, como en el Derecho español de despidos colectivos³⁵, por medir el volumen de plantilla el día en que se inicie el procedimiento, es claro, entonces, que se tomará en consideración «la totalidad de los trabajadores que presten servicios [...], cualquiera que sea la modalidad contractual utilizada» (artículo 1.1 del citado Reglamento).

III. LAS EXTINCIONES COMPUTABLES A EFECTOS DE DESPIDO COLECTIVO

El tema de qué extinciones contractuales deben tomarse en consideración a efectos de los umbrales del despido colectivo se plantea en las sentencias Rabal Cañas y Pujante. En la primera, se suscita el problema del cómputo de las extinciones de contratos de duración determinada. En la segunda, el problema es más agudo y difícil: el cómputo de las extinciones por voluntad del trabajador tras una modificación sustancial de condiciones de trabajo por parte del empleador.

1. EL CÓMPUTO DE LAS EXTINCIONES DE CONTRATOS DE DURACIÓN DETERMINADA

Una de las cuestiones planteadas en el asunto Rabal Cañas es si deben tomarse en consideración las extinciones de contratos de trabajo temporales o de duración

34. Buena prueba de lo que se acaba de apuntar la proporciona el Derecho francés, que a la hora de regular la cuestión de cómo calcular el número de trabajadores empleados en una empresa, establece reglas especiales en relación con los trabajadores temporales y en relación con los trabajadores a tiempo parcial (véase el artículo L1111-2 *Code du Travail*).

35. No ocurre lo mismo en materia de representación legal de los trabajadores, para la que se establece una regla de cómputo especial de los trabajadores temporales contratados por término de hasta un año (véase el artículo 72.2 del Estatuto de los Trabajadores).

determinada, cuando dichas extinciones tienen lugar en la fecha en la que el contrato de trabajo llega a su fin o se finaliza la tarea encomendada. La respuesta es claramente negativa: «esta exclusión del ámbito de aplicación de la Directiva 98/59 de las extinciones individuales de los contratos celebrados por una duración o para una tarea determinadas resulta claramente del tenor y del sistema de dicha Directiva»³⁶. La claridad de la respuesta desde una perspectiva jurídica explica que el Juzgado de lo Social remitente de la cuestión prejudicial adujera, antes que una razón propiamente jurídica, una razón de conveniencia u oportunidad: la inclusión en el ámbito de aplicación de la Directiva de las extinciones individuales de los contratos de duración determinada «resultaría útil para llevar a cabo un control de la justificación de tales extinciones» (parágrafo 65). Pero la respuesta del TJUE era esperable: por un lado, «el objeto de la Directiva 98/59 no es tal control» y, por otro, «existen, a tal fin, textos específicos, como, en particular, las Directivas 2002/14 [...] y 1999/70», la primera relativa a la información y consulta de los trabajadores y la segunda relativa al trabajo de duración determinada. El Auto de planteamiento de la cuestión prejudicial apuntaba un problema grave y real en España (el abuso de la contratación temporal), solo que probablemente no es, a día de hoy, el ámbito de la justicia comunitaria el adecuado para su resolución.

Otra cuestión relacionada con la anterior que se suscita en el asunto Rabal Cañas es «si el artículo 1, apartado 2, letra a), de la Directiva 98/59 debe interpretarse en el sentido de que, para considerar que se han producido despidos colectivos efectuados en el marco de contratos de trabajo celebrados por una duración o para una tarea determinadas, es necesario que la causa de tales despidos se derive de un mismo marco de contratación colectiva por una misma duración o para una misma tarea»³⁷. La respuesta es negativa, pues el concepto de despido colectivo no se define por exigencias relativas «al nacimiento de la relación laboral», y en cuanto a las exigencias relativas a la extinción, «el legislador [comunitario] se sirve únicamente de un criterio cualitativo, a saber, aquel que impone que la causa del despido debe ser “no inherente a la persona de los trabajadores”»³⁸. La deficiente redacción de la Directiva en este punto –¿«despidos colectivos efectuados en el marco de contratos de trabajo celebrados por una duración o para una tarea determinadas»?– propicia la duda del Juzgado remitente, que dice en su Auto de planteamiento lo siguiente: «dado el tenor literal de la regla de exclusión, parece obvio que las únicas extinciones por temporalidad que quedarían fuera del cómputo –y del concepto comunitario de “despido colectivo”– serían aquellas cuantitativamente “colectivas” (aplicando los umbrales numéricos de la Directiva), que respondan al vencimiento de la duración concertada (contratos de temporada en la hostelería) o vinculado a una contrata o subcontrata». Pero para el TJUE esta interpretación no puede sostenerse, fundamentalmente por dos razones: primera, porque los contratos de duración determinada «no se extinguen a iniciativa del empresario, sino en virtud de las cláusulas que

36. STJ, de 13-5-2015, as. Rabal Cañas (C-392/13), apartado 62.

37. STJ, de 13-5-2015, as. Rabal Cañas (C-392/13), apartado 68.

38. STJ, de 13-5-2015, as. Rabal Cañas (C-392/13), apartado 70.

contienen o de la normativa aplicable, cuando llegan a término o cuando se realiza la tarea para la que fueron celebrados»³⁹; y segunda, porque la interpretación propuesta por el Juzgado «llevaría a un resultado paradójico en virtud del cual los despidos colectivos resultantes de la extinción de contratos de trabajo celebrados por una duración o para una tarea determinadas, y que acaecieran por la finalización o el cumplimiento de esos contratos, quedarían fuera del ámbito de aplicación de la Directiva 98/59, mientras que, consideradas individualmente, tales extinciones no quedarían excluidas»⁴⁰.

2. EL CÓMPUTO DE LAS EXTINCIONES POR VOLUNTAD DEL TRABAJADOR TRAS UNA MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE CONDICIONES DE TRABAJO

En segundo lugar, la sentencia del Caso Pujante analiza las extinciones asimilables en relación con su posible consideración como despidos, a los efectos de la Directiva 98/59 y de los umbrales cuantitativos establecidos en su artículo 1, apartado 1, párrafo primero, letra a). Concretamente, el Tribunal pretende aclarar si aquellas extinciones que han tenido lugar por el empresario con carácter unilateral y en perjuicio del trabajador, como consecuencia de una modificación sustancial de los elementos esenciales del contrato de trabajo por motivos no inherentes a la persona del trabajador, deberían considerarse o no como extinciones computables.

Se trataría, por tanto, de verificar si, a la luz de la Directiva, se consideran extinciones computables aquellas extinciones que tendrían su origen en los supuestos que nuestra normativa nacional regula en los artículos 40, 41 y 50 del Estatuto de los Trabajadores.

En esta cuestión el propio Tribunal comienza por admitir que no hay en la Directiva una definición de despido y que, al igual que la definición de trabajador, no es cuestión que deba dejarse a lo que establezcan las legislaciones de los Estados miembros. Por lo tanto, en la argumentación jurídica de la sentencia del Caso Pujante, el TJUE comienza por establecer la noción de despido a los efectos de la Directiva señalando que incluye cualquier forma de extinción del contrato de trabajo que no sea deseada por el trabajador y que, en consecuencia, carezca de su consentimiento.

A este respecto, en la elaboración de esta definición amplia y casi omnicomprendensiva del despido, el Tribunal parte de la doctrina establecida entre otras en sus

39. STJ, de 13-5-2015, as. Rabal Cañas (C-392/13), apartado 63.

40. STJ, de 13-5-2015, as. Rabal Cañas (C-392/13), apartado 64. Sobre los temas planteados en el asunto Rabal Cañas, véase más ampliamente CASAS BAAMONDE, M. E., «Unidades de cálculo de los umbrales numéricos del despido colectivo, el centro de trabajo y la empresa, y extinciones contractuales computables. Los efectos de la sentencia del Tribunal de Justicia Rabal Cañas en la regulación del despido colectivo por el Estatuto de los Trabajadores», *Revista Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 4 (2015); y GÓMEZ ABELLEIRA, F. J., «Empresa, centro de trabajo y despido colectivo. Comentario a la STJUE de 13 mayo 2015, asunto Rabal Cañas (C-392/13)», *Revista Información Laboral*, núm. 6 (2015).

sentencias Comisión/Portugal, C-55/02 y Agorastudis y otros, C-187/05 a C-190/05, así como de la finalidad de la Directiva, en el sentido expresado por el Considerando 2 de la misma, al aplicar el principio interpretativo de protección de los trabajadores en los despidos colectivos y de garantizar a aquellos una protección comparable en los diferentes Estados miembros.

Desde ese punto de partida, el Tribunal concluye que la 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 el concepto de despido. Parece desprenderse, por lo tanto, que cualquier resolución del contrato basada en los artículos 40, 41 y 50 ET debería asimilarse a un despido y computar a los efectos de los umbrales de un despido colectivo.

Esta interpretación de la Directiva que ahora hace el TJ constituye una doctrina judicial distinta a la que, al menos respecto de los artículos 40 y 41 ET⁴¹, han venido realizando nuestros Tribunales del texto del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores. Baste para ello recordar la sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 12 de marzo de 2010 (AS 2010, 1090), de 20 de enero de 2014 (AS 2014, 290) y la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 14 de abril de 2015 (JUR 2015, 169069) que excluyen expresamente del cómputo de extinciones a los efectos de los umbrales del despido colectivo las extinciones contractuales derivadas de modificaciones sustanciales y movilidad geográfica del trabajador, ya que, a pesar de que en el origen de la extinción exista una decisión empresarial, es la facultad resolutoria del vínculo contractual que ejercita el trabajador la que se constituye en requisito indispensable para que tal resolución opere.

3. EL CÓMPUTO DE OTRAS EXTINCIONES EN EL PERÍODO DE REFERENCIA: ¿A QUÉ SE APLICA EL NÚMERO MÍNIMO DE CINCO?

Como indicábamos anteriormente, uno de los elementos que ayudan a configurar el concepto de despido colectivo y, por lo tanto, a determinar, en su caso, la aplicación de la Directiva 98/59 y la legislación relevante de los Estados miembros es la vertiente cualitativa de la referida norma comunitaria relativa a la propia existencia de despidos y a la calificación como tales de determinadas extinciones de contrato de trabajo.

En particular, la sentencia del TJ en el «Caso Pujante» resuelve alguna de las cuestiones centrales de la Directiva 98/59 y consecuentemente de su trasposición a la normativa española, materializada en el artículo 51 del Estatuto de los

41. Las extinciones del artículo 50 ET han de incluirse pacíficamente en el cómputo, como argumentan MERCADER UGUINA, J. R. y DE LA PUEBLA PINILLA, A., *Los procedimientos de despido colectivo, suspensión de contratos y reducción de jornada*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 28: «la resolución judicial del contrato ex art. 50 ET debe calificarse como un cese computable, porque, aunque se produce a instancia del trabajador, trae en realidad su causa de un incumplimiento del empresario».

Trabajadores. Concretamente, la sentencia entra en el estudio de lo establecido en el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 98/59 al referirse a la compleja cuestión de la asimilación a los despidos de otras formas de extinción del contrato de trabajo efectuadas por iniciativa del empresario desde una doble perspectiva, y su cómputo a los efectos de los umbrales que generan la obligación legal de tramitar un despido colectivo.

En primer lugar, el TJ analiza la referida asimilación, en los términos establecidos por el segundo párrafo del apartado a) del artículo 1, apartado 1 de la Directiva 98/59. En particular, el Tribunal analiza a efectos interpretativos y aclaratorios si la condición de que sean al menos cinco los despidos para que puedan computarse y asimilarse otras formas de extinción contractual en los umbrales del despido colectivo, se refiere a extinciones formalizadas propiamente como despido o al número mínimo de otras extinciones que podrían ser asimilables a pesar de no revestir la forma de un despido.

La solución que adopta el Tribunal es la de exigir que esas cinco extinciones sean despidos en sentido estricto y no extinciones asimilables. A dicha conclusión llega el TJ al acoger el sencillo argumento del propio tenor literal de la Directiva (no solo en su artículo 1 sino también en el Considerando 8 de su Exposición de Motivos) que, a juicio del Tribunal, no da lugar a duda o interpretación en cuanto a que la Directiva se refiere única y exclusivamente a despidos entendidos como extinciones llevadas a cabo bajo la forma de un despido.

Con ello, y desde una perspectiva de derecho español surge el conflicto entre la interpretación de la justicia europea, a la luz de la resolución del Caso Pujante, y la normativa española ya que resulta evidente la manifiesta contradicción y divergencia entre la interpretación dada por el Tribunal a la Directiva y lo establecido por el Estatuto de los Trabajadores.

A la luz del texto de nuestra norma laboral nacional ha de concluirse que la Directiva no fue correctamente traspuesta al ordenamiento español. Baste con ello, recordar que el artículo 51, apartado 1, del Estatuto de los Trabajadores, dispone que para el cómputo del número de extinciones de contratos a los efectos de los umbrales del despido colectivo han de tenerse en cuenta cualesquiera otras extinciones producidas en el período de referencia por iniciativa del empresario en virtud de otros motivos no inherentes a la persona del trabajador distintos de los previstos en el artículo 49.1.c), siempre que el número de las mismas sea, al menos, de cinco.

Se refiere el Estatuto de los Trabajadores a esas extinciones asimilables y no a los despidos, como debería haberse referido según la ahora vigente doctrina del TJUE.

IV. ÁMBITO DEL CÓMPUTO DE LAS EXTINCIONES: EMPRESA Y CENTRO DE TRABAJO

En la Directiva 98/59, la existencia del despido colectivo se hace depender del hecho de que, en un período determinado, se lleve a efecto un número mínimo de

despidos (y otras extinciones computables): es el llamado umbral del despido colectivo. Este umbral puede ser o bien un número absoluto –20 trabajadores, con independencia del volumen de plantilla–, o bien un número relativo –un umbral variable dependiente del volumen de plantilla. El cómputo tanto del número de trabajadores de la plantilla, como del número de despidos y extinciones debe llevarse a cabo en un ámbito preciso, que en la Directiva parece ser el centro de trabajo. Así resulta, al menos, de la letra de su artículo 1.1, que no utiliza el concepto de empresa como ámbito de medición, sino exclusiva y reiteradamente el concepto de centro de trabajo.

La norma española de transposición, en cambio, opta por utilizar el concepto de empresa, no el de centro de trabajo, a la hora de definir los umbrales del despido colectivo (artículo 51.1 ET). Esta contradicción no pasó desapercibida⁴² y llegó a cuestionarse ante los tribunales españoles, llegando hasta la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. En su sentencia de 18 marzo 2009⁴³, esta Sala reconoció de manera explícita que «el artículo 51.1 del Estatuto de los Trabajadores se refiere de forma inequívoca a la empresa como unidad para el cómputo de los trabajadores afectados, a los efectos de determinar la dimensión colectiva del despido, configurando a la empresa como marco organizativo en el que ha de contabilizarse la plantilla», y admitió que, en cambio, la unidad de cómputo en la Directiva es el centro de trabajo. Sin embargo, el Tribunal confirma la validez de la norma interna española con dos argumentos: en primer lugar, con un argumento que subraya el carácter flexible y relativo del concepto comunitario de centro de trabajo; y en segundo lugar, con un argumento de trato más favorable, expresamente permitido por la Directiva. Respecto de esto último, el Supremo razona que la opción por el cómputo a nivel de empresa es globalmente más favorable para los trabajadores («cumple mejor la función de garantía»), aun admitiendo que «la comparación [es] extremadamente complicada» y que cabe «la posibilidad de que la aplicación de la Directiva en algún hipotético supuesto, pudiera determinar un efecto no menos favorable que la norma nacional»; pero ello no es obstáculo para concluir que «la función de garantía y protección de los trabajadores en caso de despidos colectivos –a la que se refiere la propia norma comunitaria– la cumple mejor nuestra norma de derecho interno».

En realidad, de los dos argumentos utilizados por el Supremo para avalar que el artículo 51.1 ET se ajusta a la Directiva, el primero era, ya incluso en 2009, un tanto discutible: el concepto comunitario de centro de trabajo no era tan equívoco, o al menos no como para confundirlo con el de empresa. En un fallo de 15 febrero 2007⁴⁴, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea había establecido con cierta

42. En este punto, la doctrina advirtió tempranamente, recién aprobada la regulación legal en 1994, sobre la falta de «coincidencia entre las previsiones de la Ley 11/1994 y los criterios normativos comunitarios» (MONTALVO CORREA, J., «Delimitación jurídica del supuesto de despido colectivo», en DE LA VILLA GIL, L. E. [Coord.], *Reforma de la Legislación Laboral. Estudios dedicados al Prof. Manuel Alonso García*, AEDTSS – Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 347).

43. R^o 1878/2008.

44. Asunto Athinaiki Chartopoïia AE (C-270/05).

claridad, en línea con pronunciamientos anteriores, que empresa y centro de trabajo no son lo mismo: «A efectos de la aplicación de la Directiva 98/59, puede constituir concretamente un «centro de trabajo», en el marco de una empresa, una 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»⁴⁵. Conociendo la jurisprudencia comunitaria, pocas dudas podía haber acerca de que empresa y centro de trabajo son conceptos diferenciados: ya en una sentencia de 1995, el Tribunal había aludido a la distinción, con base en el proceso de elaboración de la Directiva: «la propuesta inicial de Directiva presentada por la Comisión utilizaba el término “empresa” [...]. Sin embargo, parece que el Consejo decidió sustituir el término “empresa” por el de “centro de trabajo”, lo cual tuvo como consecuencia la supresión de la definición inicialmente contenida en la propuesta, que se consideró superflua”. Con más claridad, el Tribunal ha insistido en la distinción en 2015, en el asunto Lyttle: “Al utilizar los términos “entidad diferenciada” y “en el marco de una empresa”, el Tribunal de Justicia precisó que los conceptos de “empresa” y de “centro de trabajo” son distintos y que el centro de trabajo es, por regla general, una parte de una empresa. No obstante, ello no excluye que el centro de trabajo y la empresa puedan coincidir en aquellos casos en los que la empresa no disponga de varias unidades distintas»⁴⁶.

El segundo argumento del Tribunal Supremo también presentaba un flanco a la crítica. Sin necesidad de entrar en el debate acerca de si en términos globales computar por empresa es más favorable que computar por centro de trabajo, lo cierto que es que el propio Tribunal admite que habrá supuestos específicos en que computar por empresa sea menos favorable que computar por centro de trabajo. Este es precisamente el flanco en el que entra de lleno el Tribunal de Justicia en el asunto Rabal Cañas, fallado el mismo día que el citado asunto Lyttle.

En el asunto Rabal Cañas, una de las cuestiones prejudiciales que el Juzgado español remitente plantea es si la Directiva se opone a una normativa nacional que, como la española, define el concepto de despido colectivo utilizando como única unidad de referencia la empresa y no el centro de trabajo. Tras reiterar su conocida doctrina sobre el concepto de centro de trabajo, el Tribunal entra de lleno en el tema de lo que sea más favorable para el trabajador, y concluye que la «sustitución del término “centro de trabajo” por el de “empresa” sólo puede considerarse favorable a los trabajadores si dicho elemento supone una añadidura y no implica el abandono o la reducción de la protección conferida a los trabajadores en aquellos casos en los que, si se aplicase el concepto de centro de trabajo, se alcanzaría el número de despidos requerido por el artículo 1, apartado 1, párrafo primero, letra a), de la Directiva 98/59 para aplicar la calificación de “despido colectivo”»⁴⁷. La estricta obligación

45. Apartado 27.

46. STJ, de 13.5.2015, as. Lyttle (C-182/13), apartado 31.

47. STJ, de 13-5-2015, as. Rabal Cañas (C-392/13), apartado 52.

que así resulta de la Directiva no puede dejar de cumplirse por el hecho de que el legislador nacional establezca «exigencias adicionales»⁴⁸. Es decir, las garantías adicionales que para los trabajadores establezca *motu proprio* el legislador nacional no compensan los posibles incumplimientos de las obligaciones que claramente se deducen de la Directiva.

En este sentido, resulta ilustrativo considerar que, en los supuestos de hecho de los asuntos *Lyttle* y *USDAW* y *Wilson*, el Derecho español sí habría ofrecido la protección del procedimiento de despido colectivo que, en cambio, no ofrecía el Derecho británico, cuya unidad de cómputo es el centro de trabajo y no la empresa. Y, sin embargo, pese a ese «mejor trato» que dispensa el legislador español en casos como estos, el incumplimiento de la Directiva en España deriva de no considerar como posible unidad de cómputo el centro de trabajo; mientras que en el Reino Unido, no hay incumplimiento alguno de la Directiva por el hecho de considerar como unidad de cómputo exclusivamente el centro de trabajo y no la empresa. Como ha expresado autorizada doctrina, se trata de un resultado «paradójico»⁴⁹. Pero la consecuencia práctica, en España, es que, mientras el artículo 51.1 ET no sea objeto de reforma, estamos obligados a realizar el cómputo tanto por centro de trabajo, como por empresa⁵⁰.

Los dos asuntos británicos *USDAW* y *Wilson* y *Lyttle* plantean justo el problema inverso al que plantea el asunto español *Rabal Cañas*. En los casos del Reino Unido, se trata de grandes empresas de distribución comercial, implantadas a nivel nacional y con miles de trabajadores repartidos en cientos de comercios o puntos de venta, muchos de los cuales tienen menos de 20 empleados. En el caso *Rabal Cañas*, en cambio, se trata de una empresa pequeña, que no llega a los 200 trabajadores, con solo dos centros de trabajo, uno en Madrid con 164 empleados y otro en Barcelona con 20.

La legislación británica considera despido colectivo el que afecta a 20 trabajadores o más en un centro de trabajo, en un período de 90 días o menos. En el asunto *USDAW* y *Wilson*, aunque se produce una reducción de plantilla muy sustancial –más de 4000 trabajadores despedidos–, al computarse las extinciones centro por centro, y no a nivel de empresa, no se considera que se produzca un despido colectivo. En el asunto *Lyttle*, la reducción de plantilla afecta a varias tiendas ubicadas en la región de Irlanda del Norte, en ninguna de las cuales trabajan 20 o más empleados; a consecuencia de la reestructuración llevada a cabo, el número de tiendas situadas en dicha región pasó de 20 a 8 y el número de personas empleadas en ellas se redujo de 180 a 75 trabajadores. En ambos asuntos, que son muy similares, se suscita esencialmente la cuestión de si la legislación británica se ajusta a lo dispuesto en la Directiva 98/59.

48. STJ, de 13-5-2015, as. *Rabal Cañas* (C-392/13), apartado 53.

49. CASAS BAAMONDE, M. E., *op. cit.*, p. 382.

50. Sobre la importancia de la sentencia en España, véase CASAS BAAMONDE, M. E., *op. cit.*; y GÓMEZ ABELLEIRA, F. J., «Empresa, centro de trabajo y despido colectivo. Comentario a la STJUE de 13 mayo 2015, asunto *Rabal Cañas* (C-392/13)», *Revista Información Laboral*, núm. 6 (2015), pp. 141-143.

La respuesta del Tribunal de Justicia a esta cuestión pasa por aclarar qué debe entenderse por centro de trabajo. Recuérdate que es este concepto, no el de empresa, el utilizado en la Directiva como ámbito de cómputo del número de despidos o extinciones llevados a cabo por el empleador. El de centro de trabajo es, en realidad, un concepto que contaba ya con un nivel avanzado de elaboración por parte del Tribunal de Justicia, siendo quizá el precedente reciente más significativo el asunto *Athinaiki Chartopoiia* (C-270/05). En él, entre otros, se apoyan las sentencias *Lyttle* y *USDAW* y *Wilson* para ofrecer una argumentación que empieza recordando que el de centro de trabajo es un concepto propio del Derecho comunitario, que debe ser objeto de interpretación autónoma y uniforme en el ordenamiento jurídico de la Unión. Este concepto «designa, según las circunstancias, aquella unidad a la que se hallan adscritos los trabajadores afectados por el despido para desempeñar su cometido»⁵¹, y más concretamente puede serlo «una 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»⁵². En cambio, no son requisitos para la existencia de centro de trabajo ni «que dicha unidad disponga de una dirección facultada para efectuar autónomamente despidos colectivos»⁵³, ni que esté «dotada necesariamente de autonomía jurídica alguna ni de una autonomía económica, financiera, administrativa o tecnológica»⁵⁴.

Con este concepto de centro de trabajo, el Tribunal de Justicia está ya en disposición de considerar que el ámbito de cómputo exigido o impuesto por la Directiva es un centro de trabajo «por separado». A este respecto, el Tribunal formula las dos siguientes consideraciones. La primera es de hermenéutica gramatical: «carece de pertinencia el hecho mencionado en la vista ante el Tribunal de Justicia de que, en concreto, las versiones en lengua inglesa, española, francesa e italiana emplean “centro de trabajo” en plural», y ello porque «otras versiones lingüísticas [...] emplean “centro de trabajo” en singular, lo que excluye la interpretación de que el umbral previsto [...] se refiera a todos los “centros de trabajo” de una “empresa”»⁵⁵. La segunda consideración es teleológica, y atiende a que «el fin perseguido por la Directiva 98/59 contempla especialmente las consecuencias socioeconómicas que los despidos colectivos podrían provocar en un contexto local y en un medio social determinados»⁵⁶. Ahora bien, este objetivo de la Directiva debe cohonestarse con la necesidad de «garantizar una protección comparable de los derechos de los trabajadores en los diferentes Estados miembros y, por otro lado, equiparar las cargas que estas normas

51. STJ, de 30.4.2015, as. *USDAW* y *Wilson* (C-80/14), apartado 47.

52. STJ, de 30.4.2015, as. *USDAW* y *Wilson* (C-80/14), apartado 49.

53. STJ, de 30.4.2015, as. *USDAW* y *Wilson* (C-80/14), apartado 47.

54. STJ, de 30.4.2015, as. *USDAW* y *Wilson* (C-80/14), apartado 51.

55. STJ, de 30.4.2015, as. *USDAW* y *Wilson* (C-80/14), apartado 55.

56. STJ, de 30.4.2015, as. *USDAW* y *Wilson* (C-80/14), apartado 51.

de protección suponen para las empresas de la Unión»⁵⁷. Además de estas consideraciones principales, el Tribunal deja caer una consideración de índole práctica: si la unidad de cómputo fuera una pluralidad de centros, podría ocurrir que en uno de ellos se despidiera, «dado el caso, a un único trabajador [...] –que eventualmente podría hallarse adscrito a un centro de trabajo de una aglomeración distinta y alejada de otros centros de trabajo de la misma empresa–, lo que sería contrario al concepto de “despido colectivo” en el sentido habitual de dicha expresión»⁵⁸. Todo ello lleva al Tribunal a concluir que la Directiva «exige que se tomen en consideración los despidos efectuados en cada centro de trabajo considerado por separado»⁵⁹.

Repárese en que el cómputo en cada centro de trabajo considerado por separado es algo que la Directiva *exige o impone*: en todo caso, el cómputo ha de hacerse centro por centro. Esto no significa, sin embargo, que la Directiva no *permita* realizar el cómputo agrupando varios centros de trabajo: de hecho, el Tribunal reconoce que «la interpretación según la cual esta disposición requeriría que se tomasen en consideración todos los despidos llevados a cabo en todos los centros de trabajo de una empresa aumentaría de manera considerable el número de trabajadores que podrían beneficiarse de la protección de la Directiva 98/59, lo que sería conforme a uno de sus objetivos»⁶⁰. Pero esto último no viene impuesto por la Directiva, sino meramente autorizado por ella, concretamente por medio de su artículo 5, que deja incólume la facultad de los Estados de introducir disposiciones más favorables para los trabajadores. De este modo, este artículo «permite en particular a los Estados miembros conceder la protección prevista en dicha Directiva no sólo a los trabajadores de un centro de trabajo [...] que hayan sido o vayan a ser despedidos, sino también a todos los trabajadores afectados por un despido de una empresa o de una parte de una empresa de un mismo empresario, entendiéndose que el término “empresa” engloba las distintas unidades de empleo de dicha empresa o de esa parte de la empresa en su totalidad»⁶¹.

Con esta interpretación judicial, parece claro que una normativa como la británica, que impone el cómputo centro por centro, y que no contempla el cómputo de varios centros agregados, se ajusta a la Directiva. La cuestión concreta de si, en los litigios de que traen causa los procedimientos prejudiciales, la unidad de cómputo era o no un centro de trabajo se remite, en el asunto USDAY y Wilson, al órgano jurisdiccional remitente, pero trata de contestarse en el asunto gemelo Lyttle, afirmando que un punto de venta comercial –una tienda– puede considerarse un centro de trabajo: «cada una de las tiendas controvertidas en el litigio principal es una entidad diferenciada y, por regla general, de carácter permanente, adscrita a la ejecución de tareas determinadas, a saber, principalmente, la venta de mercancías, y que

57. STJ, de 30.4.2015, as. USDAY y Wilson (C-80/14), apartado 62.

58. STJ, de 30.4.2015, as. USDAY y Wilson (C-80/14), apartado 64.

59. STJ, de 30.4.2015, as. USDAY y Wilson (C-80/14), apartado 68.

60. STJ, de 30.4.2015, as. USDAY y Wilson (C-80/14), apartado 61.

61. STJ, de 30.4.2015, as. USDAY y Wilson (C-80/14), apartado 66.

dispone, a tal efecto, de varios trabajadores, de medios técnicos y de una estructura organizativa, ya que cada tienda es un centro de costes individual gestionado por un director»⁶².

La exigencia indisponible de computar los despidos en cada centro de trabajo «por separado» es lo que lleva al Tribunal, ahora en el asunto español Rabal Cañas, a considerar que la legislación española no respeta, en este extremo, la Directiva. Por mucho que el cómputo a nivel de toda la empresa pueda ser en muchas ocasiones más favorable para los trabajadores –al propiciar que sea considerado despido colectivo lo que de otro modo no lo sería–, la existencia de supuestos específicos, como el que da lugar al asunto Rabal Cañas, en que el cómputo por empresa arroja un resultado negativo a efectos de considerar que se produce un despido colectivo, mientras que el cómputo por centro de trabajo separado arroja un resultado positivo, es lo que provoca el fallo del Tribunal de Justicia, obligando a realizar el cómputo, en este caso, en cada centro de trabajo por separado. A la postre, una opción como la elegida por el legislador español solo puede ser válida si, además del cómputo a nivel de empresa, permite el cómputo del número de extinciones en cada centro de trabajo aislado. Mientras no se modifique el artículo 51.1 ET, esta doble medición es la que hay que efectuar en todo caso en que se planteen despidos o extinciones que puedan alcanzar o superar los umbrales del despido colectivo.

V. CONCLUSIONES

La jurisprudencia reciente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha caracterizado, en materia social, por un notable incremento de los asuntos sobre despido colectivo. Un buen porcentaje de esos asuntos proviene de España, lo que pone de relieve la importancia enorme que este tema viene teniendo en nuestro país en los últimos años, en especial tras la Reforma Laboral de 2012 (RDL 3/2012; Ley 3/2012).

Los pronunciamientos del Tribunal de Justicia abordan cuestiones que en lo esencial se proyectan sobre el concepto de despido colectivo. Lo complejo de este concepto, que integra numerosos elementos cualitativos y cuantitativos, provoca que pueda hablarse de un auténtico «campo minado», tanto para la doctrina como para los profesionales de la práctica laboral⁶³. De hecho, las sentencias analizadas en este trabajo son un buen ejemplo de ello, pues una buena parte de los pronunciamientos y argumentos que en ellas se presentan suscitan, a su vez, importantes interrogantes en ambos planos, el teórico y el práctico. Repárese, por solo retomar un ejemplo, en

62. STJ, de 15.5.2015, as Lyttle (C-182/13), apartado 51.

63. La idea de «campo minado» refleja la situación actual de la práctica del despido colectivo en temas importantes, como el del grupo de empresas o como el del desarrollo del procedimiento y período de consultas. Sobre el primer tema, es clarividente el libro de DESDENTADO BONETE, A. y DESDENTADO DAROCA, E., *Grupos de empresas y despidos económicos*, Lex Nova, Valladolid, 2014. Sobre el segundo tema, la mejor síntesis la ofrece DESDENTADO BONETE, A., «Marked by invalidations. The consultation period in collective redundancies», *Spanish Labour Law and Employment Relations Journal*, vol. 4 (2015), pp. 4-25.

el concepto de trabajador que maneja el Tribunal de Justicia (becarios, miembros del consejo de administración), que obliga quizá a replantearse algunas cuestiones en el plano interno.

Algunos de los problemas suscitados por las sentencias con origen en España (Rabal Cañas y Pujante) vienen generados por una transposición cuestionable de la Directiva. Es el caso de la utilización del umbral mínimo de cinco, que en la Directiva está claramente referido a los despidos, mientras que en el Estatuto de los Trabajadores se refiere a las otras extinciones en el período de noventa días por iniciativa empresarial. Y es también el caso de la utilización de la empresa como exclusiva unidad de cómputo de los despidos, en detrimento del centro de trabajo, cuando es claro que la Directiva utiliza una y otra vez el término «centro de trabajo» a la hora de determinar los umbrales del despido colectivo. La jurisprudencia española intentó salvar la discordancia sobre la base del principio de norma más favorable, pero, aunque en general el cómputo por empresa pueda serlo, también es cierto que hay casos en que el cómputo por centro, y no por empresa, da lugar a la superación de los umbrales. La jurisprudencia comunitaria obliga, ahora, al profesional español a realizar el cómputo en ambas unidades.

Desde luego, ambas discordancias entre Directiva y Estatuto de los Trabajadores obligan al legislador a actuar. Es altamente recomendable una revisión del artículo 51 del Estatuto, aunque solo sea por estas razones «comunitarias», pero debería aprovecharse para hacer un balance de lo que ha sido el funcionamiento del nuevo sistema de despido colectivo implantado a partir del 2012, corrigiendo algunas de las deficiencias que se han puesto de manifiesto desde diferentes perspectivas.

Las sentencias comunitarias resuelven, desde luego, numerosos interrogantes. Pero a menudo abren otros nuevos. En el tema que nos ocupa, un asunto que podía considerarse relativamente pacífico, como el no cómputo de las extinciones por iniciativa del trabajador a resultas de una modificación sustancial de condiciones de trabajo o traslado (artículos 40 y 41 del Estatuto de los Trabajadores), se reabre por efecto del caso Pujante. La dificultad que, para el Tribunal de Justicia, supone entender hasta el más mínimo detalle de los ordenamientos internos de los que proceden los asuntos conduce en ocasiones a que las sentencias no cierren definitiva y claramente los problemas. De este modo, un pronunciamiento que, en principio, se hace sobre el artículo 50 ET plantea interrogantes que se extienden a los artículos 40 y 41 ET, justamente por el modo en que el Tribunal de Justicia argumenta y fundamenta sus soluciones, de un modo poco matizado y sin establecer distinciones expresas entre, por un lado, los supuestos del artículo 50 ET (que son de «incumplimiento» empresarial) y, por otro, los de los artículos 40 y 41 ET (que no suponen «incumplimiento» empresarial alguno).