2025, nº 1
https://doi.org/10.33732/loar.49

ESTUDIOS CIENTÍFICOS - DOCTRINALES

SOBRE LA UNIDAD DE REFERENCIA Y EL CÓMPUTO DE LOS UMBRALES DEL DESPIDO COLECTIVO

ON THE REFERENCE UNIT AND THE CALCULATION OF THE THRESHOLDS FOR COLLECTIVE DISMISSAL

Concepción Morales Vállez

Magistrado Suplente de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid Profesor contratado Doctor del Dpto. de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Rey Juan Carlos, España
c.esthermorales@telefonica.net

Recibido: 16/02/2025 | Aceptado: 27/06/2025

Resumen

El objeto de este artículo es acometer el estudio de la unidad de referencia y el cómputo de los umbrales del despido colectivo, sin olvidar la denominada regla del compás, y arrojar algo de luz a su complejo régimen legal, a la luz de los más recientes pronunciamientos de la jurisdicción social y de la doctrina del TJUE.

Palabras clave: Despido colectivo, unidad de referencia, empresa, centro de trabajo, cómputo de los umbrales, regla del compás, control de convencionalidad, efecto útil, e interpretación conforme.

Abstract

The purpose of this article is to undertake the study of the reference unit and the calculation of the thresholds for collective dismissal, without forgetting the so-called compass rule, and to shed some light on its complex legal regime, in light of the most recent pronouncements of the social jurisdiction and the doctrine of the CJEU.

Keywords: Collective dismissal, reference unit, company, work center, calculation of thresholds, compass rule, conventionality control, useful effect, and compliant interpretation.

Sumario

1. INTRODUCCIÓN. 2. MARCO NORMATIVO. 3. SOBRE LA UNIDAD DE REFERENCIA DEL DESPIDO COLECTIVO. 4. SOBRE EL CÓMPUTO DE LOS UMBRALES DEL DESPIDO COLECTIVO. 5. SOBRE LA DENOMINADA REGLA DEL COMPÁS. 6. CONCLUSIÓN

1. INTRODUCCIÓN

El objeto de este artículo es hacer un análisis sobre los elementos más conflictivos del despido colectivo, y que más dudas, incertidumbre e inseguridad jurídica generan en la práctica al interprete.

Dudas, incertidumbre e inseguridad jurídica del interprete que se multiplican cuando se analiza el marco normativo nacional, supranacional e internacional, y la más reciente doctrina del TJUE, en la aplicación de la norma que aquí nos ocupa.

Y a ello, y esto no puede ser obviado por el intérprete, hemos de añadir el control de convencionalidad, de modo que el órgano jurisdiccional nacional que conozca de un litigio entre particulares estará obligado, cuando no pueda interpretar el Derecho nacional aplicable de conformidad con la norma supranacional, a prestar, en el marco de sus competencias, la protección jurisdiccional que el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea otorga a los justiciables y a garantizar la plena eficacia de este artículo, dejando de aplicar, en cuanto sea necesario, cualquier disposición nacional contraria[1].

2. MARCO NORMATIVO

Hemos de partir necesariamente del régimen legal que se contiene en el artículo 51.1 del RDLeg 2/2015, de 23 de octubre[2], y de cómo el citado precepto ha sido sucesivamente interpretado por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, al hilo de la doctrina del TJUE.

Asimismo, hemos de tener en cuenta la Directiva 98/59/CE, del Consejo de 20 de julio, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos[3], y en especial los artículos 1 y 2, relativos a las definiciones y al ámbito de aplicación de la norma, respectivamente.

Y finalmente, en el marco internacional hemos de hacer referencia expresa al Convenio de la OIT nº 158, sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982[4], y en particular a sus artículos 13 y 14, relativos a las disposiciones complementarias sobre la terminación de la relación de trabajo por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos.

[1] Cfr. Sentencia del TJUE de fecha 20/02/2024, dictada en el asunto X (*Absence de motifs de résiliation*), C-715/20 (ECLI:EU:C:2024:139). Y también Sentencia del Tribunal Constitucional nº 120/2021, de 31 de mayo (Rec. nº 3368/2020); 118/2019, de 16 de octubre (Rec. nº 2960/2019); 80/2019, de 17 de junio (Rec. nº 6438/2016); 10/2019, de 28 de enero (Rec. nº 4641/2015); y 140/2018, de 20 de diciembre (Rec. nº 3754/2014).

[2] Cfr. artículos 1 a 15 y 25 a 29 del RD 1483/2012, de 29 octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada; la Ley 27/1984, de 26 julio, sobre reconversión y reindustrialización; el Real Decreto 825/1993, de 28 de mayo, por el que se determina las medidas laborales y de Seguridad Social específicas a que se refiere el artículo 6 de la Ley 21/1992, de 16 de julio, de industria; y los artículos 169 y siguientes del RDLeg 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley concursal.

[3] Diario Oficial L 225, de fecha 12/08/1998, páginas 16 a 21.

[4] Fecha de entrada en vigor el 23/11/1985, y ratificado por España con fecha 26/04/1985.

En este punto, parece importante señalar que en materia de despidos colectivos, y en relación con la notificación a la autoridad competente *ex* artículo 14 del Convenio de la OIT nº 158, en 44 (de 55) países, todo despido colectivo debe notificarse a las autoridades administrativas, y que los países cuya legislación no exige dicha notificación son Arabia Saudita, Azerbaiyán, Bolivia, China, Etiopía, Georgia, Kazajstán, Lesotho, Malawi, Federación de Rusia y Turquía[5].

Y también hemos de tener muy presente la Recomendación de la OIT nº 166, sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982, en la que se contienen unas disposiciones complementarias sobre la terminación de la relación de trabajo por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos, que deben ser tenidas en cuenta por los empleadores, al acometer medidas de flexibilidad interna y externa en el seno de las empresas.

3. SOBRE LA UNIDAD DE REFERENCIA DEL DESPIDO COLECTIVO

La Sala de lo Social del Tribunal Supremo, tradicionalmente efectuaba una interpretación literal del contenido del artículo 51.1 del RDLeg 2/2015, de 23 de octubre, en el que se hace referencia exclusivamente al concepto de «empresa»», como el espacio físico y material donde hay que realizar el cómputo de los umbrales.

Pero una Sentencia del TJUE[6], obligó al Tribunal Supremo a cambiar su criterio, ya que en su parte dispositiva expresamente se afirma que «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 se opone a una normativa nacional que introduce, como única unidad de referencia, la empresa y no el centro de trabajo, cuando la aplicación de dicho criterio conlleva obstaculizar el procedimiento de información y consulta establecido en los artículos 2 a 4 de esta Directiva, siendo así que, si se utilizase como unidad de referencia el centro de trabajo, los despidos de que se trata deberían calificarse de «despido colectivo» a la luz de la definición que figura en el artículo 1, apartado 1, párrafo primero, letra a), de dicha Directiva».

Y es que el artículo 1.1 de la Directiva 98/59/CE, del Consejo de 20 de julio, hace referencia exclusivamente al concepto de «centro de trabajo», como el espacio físico y material donde hay que realizar el cómputo de los umbrales.

Es cierto que nuestra normativa laboral no contrapone los conceptos de «empresa» y «centro de trabajo» como unidades de referencia empresarial necesariamente diferenciadas, sino que, por el contrario, los asimila y equipara en su tratamiento jurídico en múltiples aspectos esenciales y relevantes de las relaciones laborales.

Y es por ello, por lo que la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, ha afirmado con reiteración que la interpretación conforme de nuestra norma nacional nos debe llevar a interpretar el precepto

[5] Cfr. Nota sobre el Convenio nº 158 y la Recomendación nº 166 sobre la terminación de la relación de trabajo, de 09/03/2019. https://www.ilo.org/es/media/137201/download (Disponible en página web a 14/07/2024).

[6] Cfr. Sentencia del TJUE de fecha 13/05/2015, dictada en el asunto Rabal Cañas, C-392/13 (ECLI:EU:C:2015:318).

cuestionado en el sentido de que procede su aplicación no solo cuando se superen los umbrales fijados en el mismo a nivel de la totalidad de la empresa, sino también cuando se excedan en referencia a cualquiera de sus centros de trabajo aisladamente considerados en el que presten servicio más de 20 trabajadores.

Y es que a criterio del Tribunal Supremo «otra distinta interpretación daría lugar a un desigual, injustificado e irrazonable tratamiento de los trabajadores de aquellas empresas que cuentan con un solo centro de trabajo respecto a las que disponen de varios, permitiendo a estas últimas despedir individualmente a un número incluso superior a las otras, acudiendo al recurso de concentrar todas las extinciones en un único centro de trabajo»[7].

Y la referencia numérica a los trabajadores, que toma como referencia el Tribunal Supremo, en su doctrina, es la que se contiene en el artículo 1.1 de la Directiva 98/59/CE, del Consejo de 20 de julio, esto es, «centros de trabajo que empleen habitualmente más de 20» trabajadores, al ser este último requisito cuantitativo consustancial al propio concepto de centro de trabajo en los términos establecidos en la citada Directiva, sin que en la norma interna nacional haya elementos que permitan ninguna otra posible interpretación diferente en materia de despidos colectivos, y con independencia de la consideración como centro de trabajo que pudieren tener a otros efectos las unidades productivas de la empresa en las que estuvieren empleados un número menor de trabajadores.

Y además añade el Tribunal Supremo que la citada interpretación de la regla del artículo 51.1 del RDLeg 2/2015, de 23 de octubre «no es contrario a las previsiones de la Directiva en la medida en que supone una mejora en favor de los trabajadores de ese tipo de empresas con un único centro de trabajo, al igual que en sentido contrario es más favorable a los trabajadores el cómputo conjunto de las extinciones en las empresas que cuentan con varios centros de trabajo»[8].

La anterior doctrina del TJUE, necesariamente ha de cohonestarse con la doctrina que se contiene en otras Sentencias del TJUE dictadas en la materia.

Y así, hemos de hacer referencia a la Sentencia de fecha 30/05/2015, dictada en el asunto USDAW y Wilson, C-80/14 (ECLI:EU:C:2015:291), en cuya parte dispositiva se afirma que

«El concepto de «centro de trabajo» que figura en el artículo 1, apartado 1, párrafo primero, letra a), inciso ii), 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 del mismo modo que el concepto que figura en la letra a), inciso i), de ese mismo párrafo».

Y que el artículo 1, apartado 1, párrafo primero, letra a), inciso ii), de la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio, «debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que establece una obligación de información y consulta de los trabajadores cuando se despide, en un período de 90 días, a al menos 20 trabajadores de un centro de trabajo concreto de una empresa, y no cuando el número acumulado de despidos en todos los centros de trabajo de una empresa, o en algunos de ellos, durante ese mismo período, alcanza o sobrepasa el umbral de 20 trabajadores».

[7] Cfr. Sentencias del Tribunal Supremo nº 112/2018, de 7 de febrero (Rec. nº 486/2016); 634/2017, de 14 de julio (Rec. nº 74/2017); 312/2017, de 6 de abril (Rec. nº 3566/2015); y 848/2016, de 17 de octubre (Rec. nº 36/2016).

[8] Cfr. Sentencias del Tribunal Supremo nº 634/2017, de 14 de julio (Rec. nº 74/2017); y 848/2016, de 17 de octubre (Rec. nº 36/2016).

En este punto, hemos de señalar que, con arreglo a la jurisprudencia del TJUE, el concepto de

«centro de trabajo», cuya definición no se halla en la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio, es un concepto de Derecho de la Unión y no puede definirse por referencia a las legislaciones de los Estados miembros[9], y es por ello, por lo que debe ser objeto de una interpretación autónoma y uniforme en el ordenamiento jurídico de la Unión[10].

Y así, el TJUE observó que la relación laboral se caracteriza esencialmente por el vínculo existente entre el trabajador y aquella parte de la empresa a la que se halle adscrito para desempeñar su cometido, y decidió que procedía interpretar el concepto de «centro de trabajo» que figura en el artículo 1, apartado 1, párrafo primero, letra a), de la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio, «en el sentido de que designa, según las circunstancias, aquella unidad a la que se hallan adscritos los trabajadores afectados por el despido para desempeñar su cometido. A efectos de la definición del concepto de «centro de trabajo» no resulta esencial que dicha unidad disponga de una dirección facultada para efectuar autónomamente despidos colectivos» [11].

Y también el TJUE ha precisado de manera adicional que a efectos de la aplicación de la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio, «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»[12].

Llegados a este punto, al utilizar los términos «entidad diferenciada» y «en el marco de una empresa», el TJUE 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.

Y finalmente, el TJUE también ha considerado que si tenemos en cuenta que el fin perseguido por la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio, «contempla especialmente las consecuencias socio-económicas que los despidos colectivos podrían provocar en un contexto local y en un medio social determinados, la entidad en cuestión no debería estar dotada necesariamente de autonomía jurídica alguna ni de una autonomía económica, financiera, administrativa o tecnológica para poder ser calificada de «centro de trabajo»[13].

[9] Cfr. Sentencia del TJUE de fecha 07/12/1995, dictada en el asunto *Rockfon/Specialarbejderforbundet i Danmark, agissant pour Søren Nielsen* y otros, C-449/93 (ECLI:EU:C:1995:420), apartado 25.

[10] Cfr. Sentencia del TJUE de fecha 15/02/2007, dictada en el asunto *Athinaïki Chartopoïïa*, C-270/05 (ECLI:EU:C:2007:101), apartado 23.

[11] Cfr. Sentencia del TJUE de fecha 07/12/1995, dictada en el asunto *Rockfon/Specialarbejderforbundet i Danmark, agissant pour Søren Nielsen* y otros, C-449/93 (ECLI:EU:C:1995:420), apartado 32.

[12] Cfr. Sentencia del TJUE de fecha 15/02/2007, dictada en el asunto *Athinaïki Chartopoïïa*, C-270/05 (ECLI:EU:C:2007:101), apartado 27.

[13] Cfr. Sentencia del TJUE de fecha 15/02/2007, dictada en el asunto *Athinaïki Chartopoïïa*, C-270/05 (ECLI:EU:C:2007:101), apartado 28.

De modo que de la citada doctrina del TJUE se desprende que, cuando una «empresa» incluye varias entidades que cumplen los criterios precisados con anterioridad, el «centro de trabajo» en el sentido del artículo 1, apartado 1, párrafo primero, letra a), de la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio, es la entidad a la que se hallan adscritos los trabajadores afectados por el despido para desempeñar su cometido[14].

En definitiva y a modo de conclusión el Tribunal Supremo consideró que una interpretación conforme del Derecho español requiere tomar en cuenta lo dispuesto en el artículo 1.1º de la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio, y ponerlo en relación con la doctrina del TJUE en la materia, y por ello señaló que cuando los despidos acaecidos superan los umbrales del artículo 51.1 del RDLeg 2/2015, de 23 de octubre, la unidad de cómputo debe ser:

- El centro de trabajo que emplea a más de 20 trabajadores, cuando se superen los umbrales tomando como unidad de referencia la totalidad del centro de trabajo.
- La empresa cuando se superen los umbrales tomando como unidad de referencia la totalidad de ésta.

No obstante, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo tiene un cuerpo de doctrina interesante en la materia, y analizó con carácter previo y de oficio la posible existencia de un despido colectivo respecto de supuestos en los que se extinguieron la totalidad (13) de los contratos de trabajo de quienes prestaban servicios en un centro de trabajo de una empresa con un volumen de trabajadores relevante a nivel nacional (546)[15].

Recuerda la Sala de lo Social del Tribunal Supremo que no existe en ese caso un derecho a disponer libremente de una u otra modalidad de despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción -individual o colectivo- teniendo en cuenta que la puesta en marcha de los trámites y procedimientos propios del despido colectivo, alcanzan no solo a la propia naturaleza del propio despido, teniendo en cuenta que el artículo 51.4 del RDLeg 2/2015, de 23 de octubre, permite que el colectivo termine con un acuerdo firmado entre los representantes de los trabajadores y la empresa, con las correspondientes repercusiones en los despidos individuales, sino que también esa opción empresarial equivocada se proyecta sobre todo el ámbito procesal de la legitimación activa -sujetos colectivos- y, lo que es más relevante, desde el punto de vista de la indisponibilidad de los derechos, sobre la propia competencia objetiva de los Tribunales, de manera que se atribuye a las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia en única instancia y al Tribunal Supremo la casación ordinaria, por la vía de una simple opción empresarial y, eventualmente, de acuerdo con los representantes de los trabajadores, de un procedimiento que es colectivo precisamente porque esa dimensión concreta se la ha atribuido la Ley únicamente en aquellos casos en los que se alcanzan los umbrales legalmente establecidos.

Y por ello, es evidente que ante la imposibilidad legal de que ese despido colectivo tuviera lugar, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justica debió reconocer su propia incompetencia objetiva, de conformidad con lo previsto en el artículo 7.a), párrafo segundo de la Ley 36/2011, de 10 de

[14] Cfr. Sentencia del TJUE de fecha 30/05/2015, dictada en el asunto USDAW y Wilson, C-80/14 (ECLI:EU:C:2015:291), apartado 52.

[15] Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo nº 771/2017, de 10 de octubre (Rec. nº 86/2017).

octubre, y ello determina la nulidad de las actuaciones, sin perjuicio de que los trabajadores planteen demandas individuales frente a las extinciones producidas, lo que podrán hacer en los términos previstos en el artículo 124.13.b), regla 1ª de la Ley 36/2011, de 10 de octubre.

De manera similar la Sala de lo Social del Tribunal Supremo concluyó «acertadamente que no cabía tramitar un despido colectivo de 12 trabajadores en una empresa con 216 empleados, razón por la que no aplicó indebidamente el art. 8.1 de la LRJS en relación con el art. 51.1 ET, al afirmar su falta de competencia objetiva para conocer de las pretensiones de la demanda y remitir a los afectados al despido individual por causas objetivas previsto en el art. 52 c) ET»[16].

Por último, es importante señalar que la decisión sería muy diferente si una empresa iniciara con los representantes de los trabajadores un procedimiento de despido colectivo que afectara a un número de trabajadores por encima de los umbrales ya analizados, y posteriormente en el periodo de consultas ese número se redujese, precisamente como resultado de la propia finalidad del periodo de consultas, por debajo de tales umbrales, ya que la competencia objetiva de los Tribunales vendría dada por el número inicial de trabajadores potencialmente afectados[17].

Llegados a este punto, parece oportuno destacar aquí que el despido colectivo puede producirse al margen de que la empresa utilice el procedimiento del artículo 51 del RDLeg 2/2015, de 23 de octubre, lo que se configura como un «despido colectivo irregular» o que, incluso, se oculte su carácter colectivo, lo que se configura como un «despido colectivo de hecho» (fraudulento o tácito), y en ambos casos, la decisión empresarial puede ser impugnada por la vía del artículo 124 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre[18]

Y finalmente, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo[19] ha sintetizado su doctrina en los siguientes puntos:

a) La conjunción de los artículos 51.1 y 52.c) del RDLeg 2/2015, de 23 de octubre, no deja lugar a la duda, de modo que cuando el empresario procede a efectuar despidos en número superior a los umbrales previstos en el artículo 51.1 del RDLeg 2/2015, de 23 de octubre, estamos en presencia de un despido colectivo y hay que seguir los trámites y procedimiento que la Ley ha previsto para la tramitación de tales extinciones colectivas.
b) La noción de despido colectivo se diseña normativamente a través de la referencia a dos elementos distintos. Por un lado, están los requisitos numérico-temporales, y por otro lado, se encuentran las exigencias causales, es decir, que el despido esté motivado por la concurrencia de causas económicas, técnicas, organizativas o productivas.

   A tales efectos, se constituyen claramente como normas absolutamente imperativas o de derecho necesario absoluto, inmodificables por Convenio Colectivo.

[16] Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo nº 669/2019, de 26 de septiembre (Rec. nº 143/2018).

[17] Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo nº 669/2019, de 26 de septiembre (Rec. nº 143/2018); 593/2019, de 17 de julio (Rec. nº 66/2019); y 771/2017,de 10 de octubre (Rec. nº 86/2017).

[18] Cfr. Sentencias del Tribunal Supremo nº 974/2018, de 22 de noviembre (Rec. nº 67/2018); y de fechas 21/07/2015 (Rec. nº 370/2014); 18/11/2014 (Rec. nº 65/2014); y 25/11/2013 (Rec. nº 52/2013).

[19] Cfr. *ad exemplum*, Sentencia del Tribunal Supremo nº 421/2021,de 21 de abril (Rec. nº 142/2020).

El fundamento de tal calificación como estructuras normativas de orden público se presenta evidente puesto que en tal concepto extintivo no sólo intervienen intereses empresariales, sino que se atiende de manera especial a intereses públicos evidentes, como son el minorar, en lo posible, la destrucción del tejido productivo, y también los de los trabajadores afectados por la media.

c) La jurisprudencia es clara al reseñar que en nuestro ordenamiento jurídico, desde siempre, el Estatuto de los Trabajadores ha sancionado con la nulidad los despidos o extinciones del contrato que, vulnerando la letra y el espíritu de la Ley, han eludido la tramitación colectiva en los casos exigidos en el artículo 51.1 del RDLeg 2/2015, de 23 de octubre.

d) Cuando la Ley sanciona con la nulidad las extinciones contractuales computables que, superando los umbrales del artículo 51.1 del RDLeg 2/2015, de 23 de octubre, no se tramitaron como despido colectivo, tal nulidad es predicable no sólo cuando las impugnaciones de esas nuevas extinciones se realicen colectivamente o individualmente en el seno de un despido colectivo incorrecto llevado a cabo por el empresario, sino que también es nulo de pleno derecho cuando, omitiéndose los trámites exigibles *ex* artículo 51.1 del citado texto legal, la impugnación se lleva a cabo individualmente por el trabajador despedido, al margen de cualquier impugnación colectiva[20].

4. SOBRE LOS UMBRALES NUMÉRICOS DEL DESPIDO COLECTIVO

En este punto se van a abordar cuáles son las extinciones del contrato de trabajo que deben computarse a efectos de constatar si nos encontramos o no ante un despido colectivo, en los términos del artículo 51.1 del RDLeg 2/2015, de 23 de octubre.

El precepto es claro al indicar que para el cómputo de las extinciones de contrato, «se tendrán en cuenta asimismo cualquiera otras producidas en el periodo 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 su número sea, al menos, de cinco»[21].

A tal efecto la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, ha declarado que nos encontramos ante un despido colectivo de hecho cuando se obtiene el convencimiento de que los despidos disciplinarios y las extinciones por causas objetivas no son tales.

Y tampoco puede considerarse que las posteriores conciliaciones pueden presentarse como extinciones por mutuo acuerdo o dimisiones, al margen de la intervención del empleado, ni existen finalizaciones de contratos válidas, pues siguen siendo despidos, esto es, extinciones adoptadas a iniciativa del empresario, que se producen por motivos no inherentes a la persona del trabajador; y que, al alcanzar los umbrales, se convierten en ceses que conforman un despido colectivo[22].

[20] Cfr. artículos 122.2, 124, apartados 11 y 13 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre.

[21] Cfr. artículo 1.1.a) de la Directiva 98/59/CE, del Consejo de 20 de julio (Diario Oficial L 225, de fecha 12/08/1998, páginas 16 a 21).

[22] Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo nº 558/2023, de 19 de septiembre (Rec. nº 61/2023)

La transacción entre las partes no altera la naturaleza del acto del despido, pues solo actúa poniendo fin al pleito provocado por esa decisión empresarial *ex* artículo 1809 del Código Civil.

También se incluye en el cómputo de los umbrales la falta de llamamiento de los trabajadores fijos discontinuos en el momento habitual de ser llamados[23].

Y por supuesto, se incluyen los despidos disciplinarios cuya improcedencia es reconocida por la empresa, mediante el abono de la pertinente indemnización legal, es decir, por motivos no inherentes a las personas de los trabajadores afectados, en tanto que evidenciaban un manifiesto despido de hecho.

Igualmente, debemos incluir en el cómputo de los umbrales, las extinciones de contratos temporales, sobre las que las mercantiles nada acreditaron, cuando el término o vencimiento era posterior.

De este modo, el cese de la persona trabajadora no podrá ser excluido del cómputo a efectos del despido colectivo, con la falsa alegación del vencimiento del término en un contrato que no es temporal.

Y, por el contrario, no se sumarán las extinciones válidas de contratos temporales una vez que estos han llegado el término[24].

Asimismo, están incluidos en el cómputo para la determinación de los umbrales del artículo 51.1 del RDLeg 2/2015, de 23 de octubre, «los contratos temporales concertados para la ejecución de una contrata que finalizan antes de la fecha prevista o determinada por reducción de su volumen por la empresa comitente, estando excluidos solamente aquellas extinciones que se producen por motivos inherentes a la persona del trabajador y las que se produzcan por cumplimiento del término»[25].

Y, finalmente, el Tribunal Supremo valoró la inclusión en el cómputo de los umbrales de un elevado número de extinciones por no superación del periodo de prueba, toda vez que dicha vía de extinción contractual debe acomodarse obligatoriamente a las exigencias de buena fe, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 20.1 del RDLeg 2/2015, de 23 de octubre, en relación con lo dispuesto en el artículo 7.1 del Código Civil, ya que no podemos obviar que la Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo, y que todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso

Asimismo, en el listado de situaciones no inherentes a la persona de los trabajadores han de insertarse, aquellos supuestos que tienen su origen último en la voluntad empresarial, es decir, a su iniciativa, y en este punto la casuística es muy relevante.

Y tampoco podemos obviar en función a las específicas circunstancias de cada caso, los supuestos de sucesión de empresa en los que la empleadora entrante anuncia a varios trabajadores de la

[23] Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo nº 214/2020, de 10 de marzo (Rec. nº 2760/2017).

[24] Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo nº 660/2020, de 16 de julio (Rec. nº 4468/2017).

[25] Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo nº 283/2019, de 4 de abril (Rec. nº 165/2018).

saliente que no va a proceder a su subrogación, pero les propone que será posible la contratación si formalizan las bajas laborales en la anterior empresa, y de esta manera lo lleva a efecto, pues resulta innegable que la iniciativa se residencia en la mercantil que diseña el panorama extintivo y condiciona la voluntad de quienes, prestando servicios para la saliente y debiendo ser subrogados por quien asume el servicio, se ven compelidos a presentar su baja a fin de ser contratados *ex novo* y poder continuar trabajando, esto es, optan por el mantenimiento del vínculo contractual. Nos encontramos ante situaciones que se pueden calificar como un despido colectivo encubierto o fraudulento.

Y es que, en este concreto supuesto, parece claro que el efecto perseguido con la exclusión en el cómputo de estas extinciones calificadas de bajas voluntarias se patentiza igualmente en la minoración del umbral fijado por el legislador para los trámites del despido colectivo, logrando soslayarlos[26].

Igualmente han de ser incluidas en el cómputo de los umbrales, las bajas cursadas por la empresa relativas a empleados que son traspasados a empresas del grupo.

Y es que las recolocaciones en empresas del grupo de empresas del que forme parte de los trabajadores afectados son medidas que se deben negociar en el periodo de consultas *ex* artículo

8.1.a) del RD 1482/2012, de 29 de octubre, y por consiguiente dichas extinciones son computables a efectos de la obligación de recurrir al despido colectivo. Y el citado mandato legal, no hace sino evidenciar que los trabajadores recolocados en empresas del grupo deben ser considerados *ab initio*, esto es, en el momento de iniciar las consultas como potenciales afectados por el despido colectivo[27].

Asimismo, debe tenerse en cuenta que el TJUE ha sostenido que una modificación sustancial de condiciones de trabajo puede ser calificada, según los casos, como «despido» o «extinción asimilada» a los efectos del cómputo de trabajadores afectados por un despido colectivo[28], y es 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» utilizado en el artículo 1, apartado 1, párrafo primero, letra a), de dicha Directiva» [29].

Finalmente, parece importante indicar que para determinar si se sobrepasa el umbral numérico del artículo 51.1 del RDLey 2/2015, de 23 de octubre y comprobar si, efectivamente, se había alcanzado aquél, el órgano judicial no podría entrar a examinar los despidos que se encuentran *sub iudice*, pues es ésta una cuestión previa de la que habría de depender que estuviéramos o no ante un despido colectivo irregular o de hecho y la inexistencia de justificación de la terminación de los contratos, que necesariamente individualiza la situación de los trabajadores haciendo necesarios unos pronunciamientos previos que no pueden ser incluidos en el objeto del proceso regulado en el artículo 124 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre.

[26] Cfr. Sentencias del Tribunal Supremo nº 558/2023, de 19 de septiembre (Rec. nº 61/2023); 449/2023, de 22 de junio (Rec. nº 223/2022).

[27] Cfr. Sentencia de la Audiencia Nacional nº 54/2024, de 14 de mayo, recaída en los Autos nº 52/2024,

[28] Cfr. Sentencias del TJUE de fechas 21/09/2017, dictada en el asunto Ciupa y otros, C-429/16 (ECLI:EU:C:2017:711); 21/09/2017, dictada en el asunto Socha y otros, C-149/16 (ECLI:EU:C:2017:708); y 11/11/2015, dictada en el asunto Pujante Rivera, C-422/14 (ECLI:EU:C:2015:743).

[29] Cfr. Sentencia del TJUE de fecha 11/11/2015, dictada en el asunto Pujante Rivera, C-422/14 (ECLI:EU:C:2015:743).

No podemos concluir este apartado sin hacer referencia a la última Sentencia del TJUE en la materia, y cuyo alcance, no deja indiferente al interprete, al afirmar en su parte dispositiva que

«Los artículos 1, apartado 1, y 2 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, leídos conjuntamente, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional en virtud de la cual la extinción de los contratos de trabajo de un número de trabajadores superior al previsto en dicho artículo 1, apartado 1, por jubilación del empresario, no se califica de «despido colectivo» y, por tanto, no da lugar a la información y consulta a los representantes de los trabajadores previstas en el referido artículo 2»[30].

Por el contrario, y según una interpretación inveterada del Tribunal Supremo, deberán excluirse del cómputo a efectos de los umbrales numéricos del despido colectivo:

a) Los despidos disciplinarios que no hayan resultado impugnados -incluido aquel supuesto en el que habiéndose presentado la demanda, el trabajador finalmente desiste de su acción-, así como aquellos que aun habiendo resultado impugnados, se encuentren pendientes de resolución.
b) Las extinciones por causas objetivas, basadas en el ya derogado artículo 52.d) del RDLeg 2/2015 de 23, de octubre, esto es, por faltas de asistencia aun justificadas pero reiteradas, que no hayan resultado impugnados, o que pese a haberse impugnado, se encuentren pendientes de resolución.

5. SOBRE LA DENOMINADA REGLA DEL COMPÁS

Hemos de partir de tenor literal del artículo 51.1 del RDLeg 2/2015, de 23 de octubre, en el que se establece expresamente que se entiende por despido colectivo la extinción de contratos de trabajo fundada en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción cuanto, en un periodo de 90 días, la extinción afecte a menos a los umbrales establecidos en el propio precepto.

Por su parte la Directiva 98/59/CE, del Consejo de 20 de julio, establece un periodo de referencia de 30 días o de 90 días, como es de ver en su artículo 1.

A efectos del cálculo de los umbrales fijados en el artículo 1, apartado 1, párrafo primero, letra a), incisos i) y ii), de la Directiva 98/59/CE, del Consejo de 20 de julio, procede recordar que la Directiva no puede interpretarse en el sentido de que los modos de cálculo de dichos umbrales y, por lo tanto, los propios umbrales estén a disposición de los Estados miembros, ya que tal interpretación les permitiría alterar el ámbito de aplicación de la referida Directiva y privarla, de este modo, de su plena eficacia[31].

[30] Cfr. Sentencia del TJUE de fecha 11/07/2024, dictada en el asunto Plamaro, C-196/23 (ECLI:EU:C:2024:596).

[31] Cfr. Sentencias del TJUE de fechas 11/11/2015, dictada en el asunto Pujante Rivera, C-422/14 (ECLI:EU:C:2015:743), apartado 31; y 18/01/2007, dictada en el asunto *Confédération générale du travail* y otros, C-385/05 (ECLI:EU:C:2007:37), apartado 47.

En el propio texto del artículo 1, apartado 1, párrafo primero, letra a), de la Directiva 98/59/CE, del Consejo de 20 de julio, no se menciona, a efectos de calcular el número de despidos que se han producido, ningún límite temporal exclusivamente anterior o posterior al despido individual impugnado.

Y, además, el hecho de computar como período de referencia, o bien exclusivamente el período anterior al despido individual del que se conoce, o bien igualmente el período posterior al mismo, en caso de fraude, a criterio del TJUE «podría impedir o dificultar la consecución de la finalidad de la Directiva 98/59, que consiste específicamente, según su considerando 2, en reforzar la protección de los trabajadores en caso de despidos colectivos»[32].

En efecto, limitar el período de referencia, o bien exclusivamente al período anterior al despido individual impugnado, o bien igualmente al período posterior a dicho despido en caso de fraude podría restringir los derechos de los trabajadores afectados, dado que ambos métodos impedirían computar los despidos producidos dentro de un período de 30 o de 90 días, pero fuera de ese período anterior o posterior, aun cuando la totalidad de los despidos hubiera superado el número requerido por el artículo 1, apartado 1, párrafo primero, letra a), de la Directiva 98/59/CE, del Consejo de 20 de julio.

En cambio, y a tenor de la doctrina del TJUE de la estructura y finalidad de la Directiva 98/59/CE, del Consejo de 20 de julio, se desprende que ésta exige que el período de referencia sea continuo.

La plena eficacia de la Directiva 98/59/CE, del Consejo de 20 de julio, se vería limitada, en contra de su propia finalidad, si fuera interpretada en el sentido de que los tribunales nacionales no pueden computar los despidos producidos antes o después de la fecha del despido individual impugnado a efectos de determinar si existe o no un despido colectivo, en el sentido de esa misma Directiva.

Por consiguiente, procede examinar el período que cubra el despido individual impugnado 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 del artículo 1, apartado 1, párrafo primero, letra a), de la Directiva 98/59/CE, del Consejo de 20 de julio.

Y así el TJUE ha declarado que el artículo 1, apartado 1, párrafo primero, letra a), de la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio, «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»[33].

Y en aplicación de la citada doctrina del TJUE, el Tribunal Supremo ha matizado exclusivamente que se debe entender «que el periodo de 90 días podrá ser el anterior, o bien, el posterior, al despido

[32] Cfr. Sentencia del TJUE de fecha 11/11/2020, dictada en el asunto *Marclean Technologies*, C-300/19 (ECLI:EU:C:2020:898), apartado 31.

[33] Cfr. Sentencia del TJUE de fecha 11/11/2020, dictada en el asunto *Marclean Technologies*, C-300/19 (ECLI:EU:C:2020:898).

individual en litigio, aquel durante el cual se haya producido el mayor número de despidos y extinciones contractuales computables a estos efectos»[34].

Pero en todo lo demás debe mantenerse la doctrina que exige la necesidad de que tales periodos sean sucesivos, consecutivos, sin que pueda remontarse el cómputo a fechas tan alejadas en el tiempo a la fecha del despido individual que quedan fuera de cualquiera de los ciclos sucesivos de 90 días que se presenten sin solución de continuidad en periodos anteriores o posteriores al mismo, para respetar de esta forma la dicción literal del último párrafo del artículo 51.1 del RDLeg 20/2015, de 23 de octubre, en el que se establece el requisito de que sean sucesivos los periodos temporales que hayan de tenerse en cuenta para cuantificar el número de despidos que deben ser considerados[35].

Sentado lo anterior la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en el concreto supuesto que se somete a su consideración, y en relación con la aplicación de la denominada «regla del compás», ha señalado y se transcribe su tenor literal que «el itinerario de las fechas en las que la empresa demandada ha despedido a parte de su plantilla al amparo de lo dispuesto en el art. 52 c) ET, que arranca el 28 de febrero de 2015 y finaliza con el despido del actor el 14 de diciembre de 2016, no se corresponde con periodos sucesivos de 90 días que pudieren computarse ininterrumpidamente desde una a otra fecha, puesto que durante todo ese espacio temporal hay varios periodos superiores a 90 días en los que no se ha producido despido alguno, por lo que rompen de esta forma el necesario carácter sucesivo de los mismos, de modo que tales periodos no se solapan entre sí, ni forman parte de una unidad temporal indiferenciada que pudiere tenerse en cuenta en su totalidad por haber enlazado sin solución de continuidad distintos periodos de 90 días en todos los cuales se hubiere producido algún despido computable a estos efectos»[36].

Y así, entiende el Tribunal Supremo que ésta es la solución que se corresponde con la indubitada dicción literal del último párrafo del artículo 51.1 del RDLeg 2/2015, de 23 de octubre, y que mejor se adapta a su integradora interpretación con lo dispuesto en el primer párrafo de ese mismo precepto.

Lo contrario llevaría a computar todos los despidos que por esas mismas causas del artículo

52.c) del RDLeg 2/2015, de 23 de octubre, pudieren producirse en la empresa a partir de la fecha del primero de ellos, sin ninguna clase de límite temporal, y sin respetar ese marco de periodos de 90 días que la normativa interna y la Directiva 98/59/CE, del Consejo de 20 de julio, configuran como ciclo a tener en cuenta para realizar ese cómputo[37].

Sentado lo anterior, a nuestro criterio, quedan al margen de la norma aquellos supuestos en los que el empleador utiliza la técnica del goteo, esto es, efectúa sucesivos despidos/extinciones/

[34] Cfr. Sentencias del Tribunal Supremo nº 754/2023, de 19 de octubre (Rec. nº 183/2022); 345/2022, de 19 de marzo (Rec. nº 1779/2019); y 810/2021, de 21 de julio (Rec. nº 2128/2018).

[35] Cfr. Sentencias del Tribunal Supremo nº 754/2023, de 19 de octubre (Rec. nº 183/2022); 558/2023, de 19 de septiembre (Rec. nº 61/2023); 345/2022, de 19 de marzo (Rec. nº 1779/2019); y 810/2021, de 21 de julio (Rec. nº 2128/2018).

[36] Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo nº 810/2021, de 21 de julio (Rec. nº 2128/2018).

[37] Cfr. DE LA PUEBLA PINILLA, ANA: «Los despidos colectivos en su laberinto: ¿Cómo computamos los periodos sucesivos de 90 días?». El foro de Labos. https://www.elforodelabos.es/2021/09/los-despidos-colectivos-en-su-laberinto-como-computamos-los-periodos-sucesivos-de-90-dias/ (Disponible en página web a 14/07/2024).

ceses por goteo pero no los acumula en periodos sucesivos de 90 días, con el único objeto de eludir la aplicación de la norma, y la ardua tramitación de un despido colectivo no solo en la vía de la negociación colectiva, sino también en la vía jurisdiccional, y que también estarían comprendidos dentro del efecto útil de la Directiva 98/59/CE, del Consejo de 20 de julio.

6. CONCLUSIÓN

En definitiva, y a modo de conclusión, el régimen legal del despido colectivo es extremadamente complejo, confuso, e impreciso para el intérprete, y ello genera serias dificultades prácticas aun no resueltas por el legislador, por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo y por el TJUE en aplicación de la Directiva 98/59/CE, del Consejo de 20 de julio.

El empresario necesita estar perfectamente asesorado por un experto laboralista en la materia antes de acometer cualquier medida colectiva o individual de flexibilidad interna o externa, pues los errores de cálculo y de estrategia pueden tener un elevado coste económico para la empresa si finalmente se declara la nulidad de la medida acometida por los órganos de la jurisdicción social y además un coste reputacional y de marca corporativa, como bienes intangibles, que necesariamente han de ser tenidos en cuenta en el diseño y ejecución de la medida prevista en la norma.

Los operadores jurídicos debemos estar permanentemente alerta y siempre atentos a cualquier pronunciamiento judicial en la materia, ya sea en el ámbito nacional, supranacional e internacional, y al control de convencionalidad, ya que cada día surgen nuevos aspectos que deben ser tenidos en cuenta, nuevas perspectivas del interprete, que impiden aportar seguridad jurídica a todos los sujetos implicados.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

DE LA PUEBLA PINILLA, ANA: «Los despidos colectivos en su laberinto: ¿Cómo computamos los periodos sucesivos de 90 días?», *El foro de Labos,* https://www.elforodelabos.es/2021/09/los-despidos-colectivos-en-su-laberinto-como-computamos-los-periodos-sucesivos-de-90-dias/ (Disponible en página web a 14/07/2024).

BIBLIOGRAFÍA DE CONSULTA

AGUSTÍ MARAGALL, JOAN: «El distinto ámbito del despido colectivo en la Directiva 98/59 y en el artículo 51 del ET. Análisis de las Diferencias.: I.- La diferencia en la exigencia causal y en la unidad física de referencia», *Jurisdicción social* núm. 203, 2019.

ALCÁZAR ORTIZ, SARA: *El despido colectivo en la empresa: causas, procedimiento y control judicial.* Lex Nova, 2015.

ÁLVAREZ MORENO, ANA: «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 21 octubre de 2021. Determinación de la unidad de cómputo para los umbrales de afectación del despido. Inexistencia de despido colectivo. Nulidad de actuaciones: Incompetencia objetiva de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia», *Revista Aranzadi de derecho de deporte y entretenimiento* núm. 75, 2022.

BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, IGNASI: «Despido colectivo y «regla del compás» en el conjunto del período de 90 días (STJUE 11 de noviembre 2020, C-300/19, *Marclean Technologies*)», en *Estudios sobre Jurisprudencia Europea: materiales del VI Encuentro anual del Centro español del European Law Institute,* Coord. LUBOMIRA KUBICA, MARÍA y Dir. RUDA GONZÁLEZ, ALBERT, Sepín, 2023.

CASAS BAAMONDE, MARÍA EMILIA: «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», *Derecho de las relaciones laborales* núm. 4, 2015.

FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J UAN JOSÉ: «Unidad de referencia para calcular los umbrales numéricos del despido colectivo», *Las respuestas del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales sobre política social planteadas por órganos jurisdiccionales españoles: Estudios ofrecidos a María Emilia Casas Baamonde con motivo de su investidura como doctora honoris causa por la Universidad de Santiago de Compostela,* dir. GÁRATE CASTRO, FRANCISCO JAVIER y MANEIRO VÁZQUEZ, YOLANDA, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela, 2020.

GODINO REYES, MARTÍN: «El despido colectivo de hecho y las bajas voluntarias incentivadas: un paso decisivo. Comentario a la STS 3812/2023, de 19 de septiembre», *Revista de Derecho Laboral vLex (RDLV)* núm. 10, 2023.

MOLL NOGUERA, RAFAEL: «La validez de las extinciones «voluntarias» masivas previas a la subrogación y su alcance sobre el despido colectivo: Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 449/2023, de 22 de junio», *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF* núm. 477, 2023.

MUROS POLO, ALEJ ANDRO: *El despido colectivo en un contexto de transformación permanente,* Laborum, 2024.

SÁENZ PASTOR, J UAN FRANCISCO: «Los umbrales del despido colectivo», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* núm. 65, 2023.

SEMPERE NAVARRO, ANTONIO VICENTE: «Los umbrales del despido colectivo y el TJUE», *Actualidad jurídica Aranzadi* núm. 969, 2020.