

Doctrina europea sobre el cómputo en el despido colectivo de la extinción voluntaria del trabajador a iniciativa de la empresa

Lourdes López Cumbre

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Cantabria
Consejera académica de GA_P

La adopción de medidas colectivas de modificación unilateral de condiciones de trabajo que pueden conducir, de no aceptarlas el trabajador, a la extinción contractual, habrá de ser tenida en cuenta en el despido colectivo. A estos efectos, deberán computarse en el umbral del número de despidos, a fin de calificarlo de despido colectivo, aquellas extinciones adoptadas voluntariamente por el trabajador, pero como consecuencia de una medida impuesta a iniciativa de la empresa. En tal caso, el periodo de consultas se impondrá, para el despido colectivo, desde la modificación sustancial.

1. En el litigio resuelto por la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de septiembre del 2017 (as. C-429/16, *Ciupa* —y, en idénticos términos, el as. C-149/16, *Socha*—), la demandante y otros trabajadores de la empresa tienen un contrato a tiempo completo y de carácter indefinido. Las pérdidas de la empresa obligan a esta última (un hospital) a transformarse en sociedad mercantil en vez de proceder a su liquidación, lo cual habría significado la supresión de más de cien puestos de trabajo. Esta transformación no prevé reducir el número de trabajadores con objeto de que el hospital conserve el contrato de prestación de servicios médicos suscrito, entre otros, con el Fondo Nacional de Salud.

Sin embargo, y tras haber agotado todas las posibles medidas de ahorro distintas de las salariales, el hospital tiene que reducir finalmente las retribuciones del conjunto de su personal,

Advertencia legal: Este análisis sólo contiene información general y no se refiere a un supuesto en particular. Su contenido no se puede considerar en ningún caso recomendación o asesoramiento legal sobre cuestión alguna.

N. de la C.: En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

proponiendo una reducción transitoria del 15 % del salario. Aproximadamente el 20 % de los trabajadores acepta esa reducción. A tal efecto, se notifica al resto de los trabajadores una novación modificativa de las condiciones de trabajo y retribución justificada por la «necesidad de llevar a cabo una reestructuración de los gastos de personal impuesta por la difícil situación económica». El hospital, tras consultar individualmente sobre este proyecto de modificación con la representación sindical, no considera la opción de tramitar un despido colectivo y, por lo tanto, no inicia el procedimiento aplicable a ese tipo de despido.

Con estos antecedentes, se plantea una cuestión prejudicial por parte del tribunal nacional (polaco). Entiende el tribunal que, en estas circunstancias, carecen de pertinencia tanto el número de relaciones laborales extinguidas a consecuencia del rechazo de las nuevas condiciones de empleo propuestas por el empresario como el hecho de que esas extinciones provengan de la voluntad de los trabajadores. En su opinión, lo único relevante es que la modificación de las condiciones de empleo parte del empresario, pero, posteriormente, la consiguiente rescisión del contrato no depende de la voluntad del empresario. De acuerdo con la legislación laboral nacional, cuando un empresario tenga intención de efectuar despidos colectivos, deberá consultar a la representación sindical en la empresa. Se trata de unas consultas planificadas por el empresario, pero no en relación con las modificaciones aceptadas o con las rescisiones de contratos de trabajo que puedan derivarse de la negativa de los trabajadores a aceptarlas. No obstante, y dado que el Tribunal de Justicia aún no se ha pronunciado sobre cómo han de calificarse las novaciones modificativas en virtud de la Directiva 98/59 que regula los despidos colectivos, se plantea esta cuestión.

2. La Directiva 98/59 se aplicará únicamente cuando los «despidos» sean al menos cinco, por lo que esta norma distingue entre los «despidos» y las «extinciones del contrato» producidas por iniciativa del empresario con base en uno o varios motivos no inherentes a la persona del trabajador. En cuanto al concepto de «despido», contenido en el artículo 1.1a de la citada directiva, el Tribunal de Justicia indica que queda comprendido en este concepto 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. Por esta razón, el que un empresario lleve a cabo, unilateralmente y en perjuicio del trabajador, una modificación no sustancial de un elemento esencial del contrato de trabajo por motivos no inherentes a la persona de ese trabajador o a una modificación sustancial de un elemento no esencial de dicho contrato por motivos no inherentes a la persona de ese trabajador, no podrá calificarse de «despido» en el sentido de dicha directiva (STJUE de 11 de noviembre del 2015, as. C-422/14, *Pujante Rivera*).

En este caso concreto, y aun admitiendo el tribunal en la mencionada sentencia de 21 de septiembre del 2017 que una reducción temporal del 15 % de la retribución constituye un elemento esencial del contrato de trabajo que podría ser calificada de modificación sustancial, «no es menos cierto que el carácter transitorio de esa reducción aminora notablemente el alcance de la modificación del contrato de trabajo planeada» (apdo. 29). Pese a ello, corresponde al

tribunal remitente, único competente para apreciar los hechos, determinar si esta reducción temporal de la retribución debe calificarse como modificación sustancial. Pero, en cualquier caso, aun suponiendo que el tribunal considere que la novación modificativa indicada no está comprendida en el concepto de «despido», «la rescisión del contrato de trabajo que es consecuencia de la negativa del trabajador a aceptar una modificación como la propuesta en dicha revisión modificativa debe tener la consideración de extinción del contrato de trabajo, producida por iniciativa del empresario, por uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores», a efectos de lo dispuesto en el artículo 1.1 de la Directiva 98/59, «de tal modo que debe incluirse en el cómputo para obtener el número total de despidos producidos» (apdo. 31).

3. En este sentido, se estima asimismo que las obligaciones de consulta y notificación nacen con anterioridad a la decisión del empresario de extinguir los contratos de trabajo (STJUE de 10 de septiembre del 2009, as. C-44/08, *Akavan Erityisalojen Keskusliitto AEK y otros*) y que la realización del objetivo de evitar las extinciones de contratos de trabajo o de reducir su número quedaría amenazada si la consulta a los representantes de los trabajadores fuese posterior a la decisión del empresario (STJUE de 27 de enero del 2005, as. C-188/03, *Junk*). Y, si bien es cierto que la decisión del empleador no tenía por objeto directo extinguir relaciones laborales específicas, el hecho de que puedan tener repercusión sobre el empleo de un determinado número de trabajadores dentro de la empresa obliga a activar el procedimiento de consultas del artículo 2 de la Directiva 98/59, procedimiento que deberá ser iniciado «por el empresario en el momento en el que se ha adoptado una decisión estratégica o empresarial que le obligue a examinar o proyectar despidos colectivos» (apdo. 37 de la citada STJUE de 21 de septiembre del 2017).

Pues bien, en este caso concreto y aun cuando las modificaciones propuestas no tuvieran como objetivo extinguir la relación laboral, el tribunal considera que debería haberse previsto que algunos trabajadores no aceptarían las nuevas condiciones salariales propuestas, extinguiéndose su contrato. De esta forma y «puesto que la decisión de notificar las novaciones modificativas implicaba necesariamente que el hospital previera despidos colectivos» (apdo. 36), correspondía a éste tramitar iniciar el periodo de consultas. No en vano, la finalidad de la obligación de consulta establecida en el artículo 2 de dicha directiva, a saber, la de evitar las extinciones de contratos de trabajo o reducir su número, así como la de atenuar sus consecuencias, por una parte, y, por otra, el objetivo perseguido por las novaciones modificativas, consistente en evitar los despidos individuales, son dos realidades que se solapan en gran medida. Por esta razón y puesto que una decisión que supone una modificación de las condiciones de trabajo puede evitar los despidos colectivos, el procedimiento de consulta debería haberse iniciado en el mismo momento en que el empleador planeaba realizar tales modificaciones (apdo. 37).

4. En consecuencia, y atendiendo a la solución aportada por la jurisprudencia europea, deberá considerarse *despido* a efectos de la aplicación de la Directiva 98/59 la extinción

voluntaria del trabajador derivada de una modificación unilateral que adopta, por propia iniciativa, el empresario. Una solución no desconocida por el ordenamiento laboral español que, en diferentes materias —por ejemplo, la calificación de la jubilación anticipada como voluntaria o forzosa— ya había considerado que toda extinción decidida voluntariamente por el trabajador pero derivada de una decisión adoptada unilateralmente por el empleador debía ser calificada de despido. Sin embargo, extender el periodo de consultas requerido en el despido colectivo desde el momento en que se adopta la decisión de modificar las condiciones salariales de los trabajadores podría resultar desproporcionado si, o bien ningún trabajador rechaza la modificación, o bien es la empresa la que decide no acudir al despido finalmente. Con todo, el hecho de que la legislación española imponga también un periodo de consultas para la modificación sustancial colectiva servirá para relativizar el impacto de esta decisión judicial.