

Despido colectivo «de hecho»

Lourdes López Cumbre

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Cantabria

Consejera académica de Gómez-Acebo & Pombo

1. Despido colectivo «de hecho» o la nulidad de un despido objetivo plural celebrado en fraude de ley

- 1.1. Como en otras instituciones, la del despido colectivo adquiere una dimensión cuantitativa cuando el legislador decide diferenciar un régimen jurídico de otro en función del número de trabajadores afectados. Así, se considera despido colectivo, *ex artículo* 51.1 del Estatuto de los Trabajadores, a la extinción de contratos de trabajo fundada en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción cuando, en un periodo de noventa días, la extinción afecte al menos a: a) diez trabajadores, en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores; b) el diez por ciento del número de los trabajadores de la empresa en aquellas que ocupen a entre cien y trescientos trabajadores, y c) treinta trabajadores en las empresas que ocupen a más de trescientos trabajadores. Por su parte, el despido se considerará objetivo (no colectivo), según el artículo 52c de la misma norma, cuando concorra alguna de las causas citadas, pero la extinción afecte a un número inferior al establecido.

Para precisar la aplicación de este umbral que diferencia un régimen de otro (el procedimiento de despido colectivo requiere, entre otros, un periodo de consultas con los representantes, información

a la autoridad laboral, informes preceptivos de entidades gestoras de prestaciones y de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, planes de recolocación, etc., que no son exigibles cuando el despido es objetivo), el artículo 51.1 referido dispone en su último párrafo una cautela. Cuando en periodos sucesivos de noventa días y para eludir las previsiones contenidas en este precepto, la empresa realice extinciones de contratos al amparo de lo dispuesto en el artículo 52c del Estatuto de los Trabajadores en un número inferior a los umbrales señalados y sin que concurren causas nuevas que justifiquen tal actuación, dichas nuevas extinciones se considerarán efectuadas en fraude de ley y serán declaradas nulas y sin efecto.

- 1.2. El Tribunal Supremo había precisado en anteriores sentencias que el artículo 51.1 del Estatuto, junto con una norma general, contiene una norma antifraude encaminada a evitar la burla de la regla general. La norma general se conecta con el número de las extinciones contractuales producidas en un periodo de noventa días, mientras que la regla antifraude se desarrolla al prohibir extinciones sin concurrencia de causa nueva en periodos sucesivos de noventa días y al amparo del artículo 52c por considerarlas en fraude de ley, nulas y sin efecto.

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.

Pues bien, ahora, la Audiencia Nacional en su Sentencia de 3 de julio del 2015 (Ar. 191062) intenta concretar cuál es el límite preciso que permite comenzar el nuevo cómputo de despidos a fin de diferenciar el despido colectivo del objetivo. Ante la literalidad del citado artículo 51.1, una primera aproximación señala que el día del despido va a ser el día final del plazo (*dies ad quem*) para las extinciones contractuales que se acuerden ese día, así como el día inicial (*dies a quo*) para el cómputo del periodo de los noventa días siguientes. Y, así, si el despido es colectivo cuando sobrepasa determinados límites, es claro que el *dies ad quem* para el cómputo de los noventa días debe ser aquel en el que se acuerde la extinción contractual por ser el día en el que se superan los límites que condicionan la existencia del despido colectivo. Figura que no existe, que no se da, hasta que el número de las extinciones supera los límites del cálculo matemático que establece la norma. Como ya señalara con anterioridad el Tribunal Supremo, «apoya esta solución el hecho de que el futuro no se conoce y de que es muy difícil que el legislador dé pautas para presumir y sancionar lo que alguien hará o lo que piensa hacer. Por ello, se fija el *dies ad quem* coincidiendo con la fecha en que se acuerda la extinción, en la fecha en la que los hechos son ciertos y sin género de dudas se puede calificar si el despido es colectivo con arreglo a la ley y no con arreglo a un futuro incierto, pues la norma trata de generar seguridad jurídica y no incertidumbres» (SSTS de 23 de abril del 2012, Ar. 8524, FJ 2, y de 23 de enero del 2013, Ar. 2851, FJ 2).

Abona esta respuesta el último párrafo del artículo 51.1 del Estatuto de los Trabajadores al decir que «cuando en periodos sucesivos de noventa días, la empresa realice extinciones», por cuanto indica que el cómputo debe hacerse por periodos sucesivos de noventa días, lo que supone que no cabe un cómputo variable (cambiable o movable) del periodo de noventa días, sino que debe

fijarse un día concreto para determinar el día inicial y el final de cada periodo, con la particularidad de que el día final de un periodo constituye el *dies a quo* para el cómputo del siguiente. Si ello es así, la solución no puede ser otra que la apuntada: el día en que se acuerda la extinción constituye el día final del cómputo del primer periodo de noventa días y el inicial del siguiente.

- 1.3. Y con estos precedentes, la citada Sentencia de la Audiencia Nacional de 3 de julio del 2015 (Ar. 191062) analiza, ante la interposición de la excepción de caducidad de la acción, cuál es el *dies ad quem* en la fecha del último despido a efectos del cómputo del despido colectivo. Una vez acreditado en el supuesto de hecho que, en los noventa días anteriores a las extinciones de un centro de trabajo, se produjeron extinciones por causas objetivas en otros centros más un despido disciplinario al que se reconoció la improcedencia en conciliación, todo ello supuso sobrepasar los límites del artículo 51.1 del Estatuto de los Trabajadores, por lo que concurrió un «despido colectivo de hecho» (en una terminología apuntada, de algún modo, en las SSTS de 25 de noviembre del 2013, Ar. 36/2014, y de 26 de noviembre del 2013, Ar. 1219/2014, y consagrada ahora con este pronunciamiento).

Siendo pacífico, pues, que no se promovió el periodo de consultas regulado en el artículo 51.2 del Estatuto de los Trabajadores, debe declararse la nulidad de los despidos aplicando el criterio de la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de noviembre del 2014 (Ar. 6472), en la que se constataba que «la razón de la nulidad no se encuentra en el fraude de ley sino en el artículo 124.11 LJS, norma que sanciona con la nulidad la decisión extintiva cuando no se haya respetado el procedimiento establecido» (FJ 3). Se admite, así, que la calificación de despido colectivo de hecho o *de facto* alcanza a todos aquellos supuestos cuya nulidad proceda porque, aun siendo considerados despidos colectivos, no se ha seguido el procedimiento establecido.

Tal conclusión tiene un alcance mayor que el que puede derivarse de una primera aproximación. Y es que, de este modo, la nulidad por omisión del procedimiento establecido legalmente afectará a todos los despidos acordados durante dicho periodo, incluidos los declarados y aceptados como improcedentes y cuya naturaleza sea disciplinaria u objetiva. Ello es así porque, aunque pudiera considerarse que la consecuencia de no haberse seguido los trámites propios del despido colectivo no puede provocar la nulidad de los despidos disciplinarios ya declarados improcedentes por cuanto la empresa no acordó dichos despidos en fraude de ley, la argumentación empleada por la jurisprudencia es bien distinta. La justificación de la nulidad —no sólo de los despidos objetivos o colectivos, sino también de los disciplinarios declarados improcedentes— no se encuentra en la alegación del fraude de ley, sino en el artículo 124.11 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social que sanciona con la nulidad a todas las extinciones acordadas sin seguirse el procedimiento del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores, sin que la ley distinga la causa de aquélla, siempre que sean computables a efectos de determinar la existencia de un despido colectivo.

En conclusión, si un despido objetivo plural (varios trabajadores, pero por debajo del umbral establecido para el despido colectivo en el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores) se considera nulo porque no se han computado correctamente todas las extinciones producidas a iniciativa del empresario en un periodo de noventa días, lo que se produce es un despido colectivo de hecho. Como tal, deberá seguir el procedimiento indicado en el citado artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores y, para el cómputo de las extinciones producidas a iniciativa del empresario, se incluirán los despidos disciplinarios improcedentes. Pues, si bien es cierto que el despido disciplinario deriva de una causa inherente a la persona del trabajador y no debería computar a estos efectos, la calificación de

improcedente refuerza la condición de tratarse de una extinción efectuada a iniciativa del empresario y anula la causa inherente a la persona del trabajador, inexistente (o no probada) en un despido calificado de improcedente.

2. Sobre la nulidad del despido colectivo: umbral cuantitativo y umbral cualitativo

- 2.1. Amén del conflicto descrito, el precepto indicado establece un límite adicional que conviene tener en cuenta en un análisis más amplio del artículo 51.1 del Estatuto de los Trabajadores. De hecho, el citado precepto señala que para el cómputo del número de extinciones de contratos se tendrán en cuenta «asimismo cualesquiera 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 49.1c de esta ley, siempre que su número sea, al menos, de cinco». Como es sabido, el artículo 49.1c del Estatuto de los Trabajadores se refiere a la extinción del contrato por expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato. Por su parte, el artículo 1.2. de la Directiva 98/59, relativa a la aproximación de las legislaciones nacionales de los Estados miembros en materia de despido colectivo, excluye expresamente su aplicación a «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 estos contratos».

Recientemente, la abogada general ha presentado sus conclusiones ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto C-422/2014 (as. Pujante). En ellas defiende la necesidad de computar a los trabajadores con contrato de duración determinada (temporales) entre las extinciones susceptibles de valoración a efectos del umbral numérico expuesto. La razón esgrimida atiene a un concepto amplio de trabajador

—caracterizado por una relación jerárquica propia de una actividad remunerada, lo que también, entiende, sucede en las relaciones temporales— y al hecho de que, aunque la directiva se refiera al número «habitual» de empleados en la empresa, no se considera relevante la naturaleza del contrato celebrado con ésta.

Conviene recordar, a estos efectos, dos preceptos de la Directiva 98/59 que aproxima la legislación de los Estados miembros en materia de despidos colectivos. El primero, que su artículo 1.1 asimila a los despidos, al calcular el número de éstos, las extinciones producidas por iniciativa del empresario basadas en uno o varios motivos no inherentes a la persona del trabajador, siempre que los despidos superen el número de cinco en total. El segundo, que la directiva no se aplicará a los despidos efectuados en el marco de los contratos de trabajo celebrados por una duración o para una tarea determinada, salvo que tales despidos tengan lugar antes de la finalización o el cumplimiento de estos contratos (art. 2a).

Queda pendiente la decisión del tribunal sobre si acepta o no la inclusión de la extinción de los contratos temporales a estos efectos. Sin embargo, algunos de los pronunciamientos que se utilizan para fundamentar los argumentos de la abogada general resultan de dudosa aplicación. Así, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de enero del 2007 (as. C-385/2005, as. CGT) resolvía el conflicto sobre una normativa nacional que excluía la extinción de contratos de menores de una determinada edad. Por su parte, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de octubre del 2004 (as. C-55/2002, as. Comisión frente a República Portuguesa) valoraba la conformidad con el derecho europeo de una norma que no incluía todos los despidos producidos por razones no inherentes a la persona del trabajador.

- 2.2. Como se ha señalado, también el Tribunal Supremo ha optado por admitir, dentro del cómputo de los despidos y en el periodo de los noventa días establecidos, todos los despidos promovidos por el empresario por motivos no inherentes a la persona del trabajador distintos de los previstos en el artículo 49.1c del Estatuto de los Trabajadores, «señalándose expresamente como computables los despidos disciplinarios, cuya improcedencia se reconoce en transacción judicial o extrajudicial, así como los despidos objetivos, aun cuando se hayan suscrito recibos de finiquito por los trabajadores» (STS de 18 de noviembre del 2014, Ar. 6472, FJ 3). La razón estriba en que este tipo de extinciones «no se convierten en extinciones por mutuo acuerdo o en dimisiones al margen de la intervención del empleador. Por el contrario, siguen siendo despidos, estos, extinciones adoptadas a iniciativa del empresario y que se producen por motivos no inherentes a la persona del trabajador pues no deriva de la persona del trabajador un despido para el que se alega una causa objetiva al interés empresarial ni puede imputarse a la conducta personal del trabajador un despido disciplinario que se reconoce como improcedente. La transacción no altera la naturaleza del acto del despido pues sólo actúa poniendo fin al pleito provocado por esa decisión empresarial» (SSTS de 25 de noviembre del 2013, Ar. 36/2014, FJ 2, y de 26 de noviembre del 2013, Ar. 1219/2014, FJ 2).

Con idéntico argumento, estos mismos pronunciamientos impiden que se excluyan del cómputo del despido colectivo «la falsa alegación del vencimiento del término en un contrato que no es temporal». Sin embargo, y en aplicación de lo prescrito por el artículo 51.1 del Estatuto de los Trabajadores, el Tribunal Supremo —y a diferencia de lo expuesto en el ámbito europeo por la abogada general ante el Tribunal de Justicia— viene considerando que el vencimiento temporal de los contratos de duración determinada no

computa a efectos del cálculo de extinciones del umbral del despido colectivo (recientemente, STS de 7 de abril del 2015, Ar. 2800), salvo que se produzca una extinción *ante tempus* del contrato temporal, en cuyo caso, y como establece la norma legal, sí habrán de ser tenidos en

cuenta en el cálculo del umbral del despido colectivo. Será interesante comprobar si el tribunal europeo corrobora esta tesis u obliga a modificarla incluyendo las extinciones de los contratos temporales en el cálculo del umbral cuantitativo y cualitativo de los despidos colectivos.