

Abdón Pedrajas

ABOGADOS Y ASESORES TRIBUTARIOS

www.abdonpedrajas.com

boletín LABORAL

**DESPIDOS INDIVIDUALES O PLURALES *VERSUS* DESPIDOS COLECTIVOS:
A) BALANCE JURISPRUDENCIAL ACERCA DEL CONCEPTO LEGAL DE
DESPIDO COLECTIVO Y DEL CÁMPUTO DE LAS EXTINCIONES
CONTRACTUALES PRODUCIDAS EN UN PERÍODO DE NOVENTA DÍAS; B)
¿PUEDEN LOS DESPIDOS DISCIPLINARIOS CONVERTIRSE EN
ALTERNATIVA UTILIZABLE EMPRESARIALMENTE FRENTE A LOS
DESPIDOS COLECTIVOS?.**

**ABDÓN PEDRAJAS MORENO
CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
SOCIO DIRECTOR *ABDÓN PEDRAJAS ABOGADOS Y ASESORES TRIBUTARIOS***

**TOMÁS SALA FRANCO
CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
DIRECTOR FORMACIÓN *ABDÓN PEDRAJAS ABOGADOS Y ASESORES TRIBUTARIOS***

Madrid, Febrero 2009

boletín LABORAL

Abdón Pedrajas

SUMARIO

I.-INTRODUCCIÓN: EL DESPIDO COLECTIVO COMO MECANISMO LEGAL DE UTILIZACION EMPRESARIAL INDESEABLE.

1.- Un sistema disfuncional, desde la óptica empresarial

2.- La “huida” empresarial de los ERES

3.- La respuesta normativa.

II.-EL CONCEPTO DE DESPIDO.

III.- EL CÓMPUTO DE LAS EXTINCIONES PRODUCIDAS EN LOS ÚLTIMOS NOVENTA DÍAS.

1.- Extinciones a considerar.

2.- Tipos de contratos computables.

3.- Carga de la prueba.

4.- Unidad de referencia: empresa, grupo de empresa o centro de trabajo.

5.- Inicio y fin del período computable.

6.- Otras extinciones computables.

6.1.- A iniciativa del empresario.

6.2.- Por motivos no inherentes a la persona del trabajador.

6.3.- La exigencia de que las computables sean, al menos, cinco.

IV.- ¿UNA POSIBLE VÍA ALTERNATIVA?. LOS DESPIDOS “EXCLUSIVAMENTE” DISCIPLINARIOS.

I.-INTRODUCCIÓN: EL DESPIDO COLECTIVO COMO MECANISMO LEGAL DE UTILIZACION EMPRESARIAL INDESEABLE.

1.- Un sistema disfuncional, desde la óptica empresarial

1.-Al catalogar el despido colectivo como un mecanismo de utilización indeseable para el empresario no estamos haciendo referencia a los componentes sociológicos o económicos que subyacen a dicha medida y que, mediante ella, se pretenden solventar o mejorar. Va de suyo que un “despido colectivo” -especialmente si está motivado por razones económicas-, lleva tras sí un alto voltaje de tensión empresarial, de fracaso más o menos significativo de un proyecto, de conflictividad laboral larvada o patente y de pérdida de imagen, que cualquier empresa desearía evitar.

Pero no tratamos de eso. Sino que nos referimos al diseño legal que del “despido colectivo” se mantiene en España y a la valoración profundamente negativa que, desde el punto de vista empresarial, tal configuración normativa merece.

En efecto, como es sobradamente conocido, en nuestro país, a diferencia de lo que ocurre en la inmensa mayoría de los países de nuestro entorno, el despido colectivo está sometido a una exigencia de autorización administrativa previa que es severamente criticada empresarialmente, por disfuncional, desde la perspectiva práctica y por antieconómica, atendiendo a los costes “suplementarios” que, pudiendo evitarse, genera no obstante dicha obligada tramitación. De aquí que, desde hace años sea siempre una reivindicación constante de la clase empresarial, a incorporar a cualquier eventual “reforma laboral” futura, la de que se modifique nuestra regulación legal de los despidos colectivos, acompasándola a la que existe en los países que nos rodean y suprimiendo, por tanto, la autorización administrativa previa, sin perjuicio de un control posterior del ajuste a derecho de la actuación empresarial, con exigencia de las responsabilidades que procedan en caso de que se constate la ilegitimidad de su proceder.

2.- No es esta la ocasión adecuada para que, por nuestra parte, tomemos posición en tan importante debate. Ello exigiría desarrollos mucho más extensos de lo que se pretende con este trabajo, cuyo objetivo, como ha de verse, es mucho más concreto.

Pero sí podemos afirmar, desde la óptica que proporciona la experiencia, que en el momento actual, el diseño legal de los despidos colectivos en nuestro derecho puede estar provocando el siguiente efecto perverso: si se quiere obtener un acuerdo con la representación de los trabajadores, las indemnizaciones que se deben pactar alcanzan frecuentemente importes sensiblemente superiores al nivel legal de veinte días por año de servicio, con un máximo de doce mensualidades, frustrándose en otro caso la posibilidad de acuerdo. Pero si no se alcanza el acuerdo, la Autoridad Laboral a quien corresponda conceder la autorización administrativa, va a mostrarse muy reticente para tal concesión, siendo muy frecuente que en los expedientes “no consensuados” con los trabajadores no llegue a obtenerse la deseada autorización.

Si a lo anterior se añade que el control de la resolución administrativa denegatoria corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa y que esta viene actuando, endémicamente, con una lentitud exasperante (rayana en la vulneración del derecho constitucional a la efectiva tutela judicial), se entenderá que, al margen de otras razones de fondo, la crítica empresarial a nuestro diseño legal de los despidos colectivos resulte, cuanto menos, explicable.

2.- La “huida” empresarial de los EREs

3.- A partir de lo que resulta de los desarrollos precedentes, debemos significar como - también desde la perspectiva práctica- es frecuente que los empresarios se enfrenten a la tramitación de un despido colectivo como mecanismo para aligerar sus plantillas, solo como “última ratio”, cuando han llegado al convencimiento de que es ese el único mecanismo legal de utilización posible, en las concretas circunstancias que atraviesan. Porque si pueden hacer uso de otras medidas alternativas, incluso aunque aparentemente, a corto plazo, puedan resultar más gravosas económicamente, convencidos como están de que, a medio y a largo

plazo, la evitación de la tramitación formal de un expediente de regulación de empleo (ERE) les va a resultar rentable.

3.- La respuesta normativa.

4.- Sin embargo, el legislador no ha dispositivizado la utilización de los ERE,s, sino que, por el contrario, ha utilizado unos concretos parámetros numéricos y temporales para la calificación de un despido como colectivo. Y, además, ha adoptado significativas medidas normativas (que pasan, sobre todo, por la declaración de nulidad de los despidos individuales y/o plurales que encubren los colectivos) para evitar que se aludan las exigencias legales de tramitación de un ERE mediante la utilización de lo que, comúnmente, viene conociéndose como la técnica “*del goteo*”, esto es mediante el recurso a una utilización sistemática y prolongada de despidos económicos individuales o plurales que “suplen” el recurso al ERE.

5.- En esta dialéctica, puesto que los empresarios son conscientes de que no pueden permitirse sobrepasar los umbrales numéricos y temporales que marcan la frontera entre los despidos individuales y/o plurales respecto de los colectivos, cada vez resulta más preciso para los mismos conocer su delimitación. Y cada vez son más frecuentes las consultas empresariales a sus asesores en esta materia, que buscan saber “hasta donde pueden llegar” dentro de la Ley, en la utilización de los mecanismos extintivos individuales y/o plurales.

6.- También desde la perspectiva de los trabajadores conocer los contornos de esas mismas fronteras es fundamental, en cuanto que saben que la sanción legal, cuando se extravasan ilegítimamente, es la declaración de nulidad de la extinción de que han sido objeto. Y también, por ello, desde la misma perspectiva práctica, las consultas en esta materia arrecian.

7.- A dar respuesta a estas inquietudes, desde la perspectiva de unos u otros, se dirigen los desarrollos subsiguientes. Tratamos de aclarar, desde una visión práctica y con respuesta directa, dónde se encuentra la línea divisoria entre los despidos individuales y colectivos. Bien que, como hemos de ver de inmediato, no es una línea de trazo firme y seguro, sino difusa a veces y casi oculta otra, lo que arroja un componente adicional de desazón al panorama

descrito, realmente preocupante. Pero hoy por hoy y mientras nuestro legislador no se decida a abordar una reforma, cada vez más necesaria, en esta materia, ésto es lo que tenemos.

II.-EL CONCEPTO DE DESPIDO.

8.- El Art. 51.1 del ET define el despido colectivo con referencia a dos supuestos distintos:

1º) Como *“la extinción de los contratos de trabajo que afecten a la totalidad de la plantilla de la empresa, siempre que el número de trabajadores afectados sea superior a cinco (cuando se produzcan) como consecuencia de la cesación total de su actividad empresarial”* fundada en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.

2º) Como *“la extinción de contratos de trabajo fundada en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, cuando, en un período de noventa días, la extinción afecte al menos a: a) Diez trabajadores, en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores. b) El 10% del número de trabajadores de la empresa en aquéllas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores. c) Treinta trabajadores en las empresas que ocupen trescientos o más trabajadores”*. Y añade: *“Para el cómputo del número de extinciones de contratos a que se refiere el párrafo primero de este artículo, se tendrán en cuenta asimismo cualesquiera otras 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 párrafo c) del apartado 1 del artículo 49 de esta Ley, siempre que su número sea, al menos, de cinco”*.

III.- EL CÓMPUTO DE LAS EXTINCIONES PRODUCIDAS EN LOS ÚLTIMOS NOVENTA DÍAS.

9.- De esta definición legal, a los efectos que aquí interesan, conviene detenerse en la regla establecida para el cómputo del número de extinciones de contratos de trabajo producidas en un periodo de noventa días a tener en cuenta para alcanzar los umbrales numéricos legalmente previstos para considerar la existencia de un despido colectivo.

1.- Extinciones a considerar.

10.- En esta regla legal se incluyen en el cómputo dos tipos de extinciones:

1º) En primer lugar, obviamente, hay que computar las extinciones contractuales fundadas en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción efectuadas en esos noventa días, esto es, los despidos individuales/plurales fundados en estas causas a que se refiere el Art. 52 c) del ET (STSJ de Cataluña, de 29 de Marzo de 1996).

2º) En segundo lugar, se equiparan a las extinciones contractuales anteriores *“aquellas otras producidas en el periodo de referencia por iniciativa del empresario en virtud de otros motivos no inherentes a la persona del trabajador”*, con exclusión expresa de las extinciones producidas por la expiración del tiempo convenido o la realización de la obra o servicio objeto del contrato de los contratos temporales y siempre que estas otras extinciones contractuales legalmente computables sean, al menos, cinco.

11.- Esta última regla legal referida a otras extinciones contractuales computables en el periodo de noventa días plantea sin duda diversos problemas interpretativos:

2.- Tipos de contratos computables.

12.- En primer lugar, el de qué tipo de trabajadores cuyo contrato se extingue deben computarse a los efectos de calificar un despido como colectivo.

En la medida en que la ley no distingue, la doctrina judicial ha señalado que computan las extinciones contractuales de todos los trabajadores, con independencia de la modalidad contractual a que estén sujetos (indefinidos o temporales, a tiempo total o a tiempo parcial, a domicilio o presenciales, formativos o comunes, ordinarios o especiales), con las únicas excepciones de los altos cargos directivos y de los trabajadores temporales cedidos por las empresas de trabajo temporal (STSJ de Cataluña, de 19 de Julio de 1995, Ar/3118).

Los trabajadores con contrato temporal también entran en el cómputo, siempre que las extinciones tengan lugar antes de la finalización o del cumplimiento de los contratos. En este

sentido se ha manifestado la STSJ de Cataluña de 19 de Julio de 1995, Ar/3118, si bien la STSJ de Andalucía, de 8 de Julio de 1997, Rec. 583/1997, haya interpretado en sentido contrario, a nuestro juicio erróneamente, que solamente deben computarse a estos efectos los trabajadores con contratos indefinidos.

3.- Carga de la prueba.

13.- En segundo lugar, el de a quien corresponde la carga de probar si una determinada plantilla se encuentra o no dentro de una de las tres bandas numéricas a que se refiere la Ley.

La doctrina judicial ha señalado a este respecto que la carga de la prueba corresponde a la parte empresarial y no a los trabajadores (STSJ de Cataluña, de 19 de Julio de 1995, Ar/3118).

4.- Unidad de referencia: empresa, grupo de empresa o centro de trabajo.

14.- En tercer lugar, el de donde debe hacerse el cómputo de las extinciones contractuales a efectos de configurar la existencia de un despido colectivo, esto es, si la unidad de referencia para el cómputo debe ser la empresa (o en su caso, el Grupo de empresas) o el centro de trabajo.

La Ley habla ciertamente de “*empresa*”, por lo que, en principio, no cabrá hacer el cómputo de extinciones contractuales en un “*centro de trabajo*” (SS.TSJ de Cataluña, de 19 de Julio de 1995, Ar/3118, de Castilla-La Mancha, de 27 de Junio de 1995, Ar/2600, de La Rioja, de Noviembre de 2004, Rec. 280/2004 o de Castilla-León, de 25 de Octubre de 2004, Rec. 1941/2004) o en el “*grupo de empresas*”. Ello no obstante, en la medida en que existe jurisprudencia que señala que, cuando se alega un causa económica, hay que tener en cuenta la situación del grupo o la de la empresa y no la del centro (SS.TS de 14 de Mayo de 1998, Ar/4650 o de 23 de Julio de 1999, Ar/6403), mientras que si se trata de causas técnicas, organizativas o de producción, estas pueden darse en un centro de trabajo parece lógico concluir en que el cómputo deberá hacerse donde corresponda (grupo, empresa o centro de trabajo) en atención a las causas alegadas.

5.- Inicio y fin del período computable.

15.- En cuarto lugar, el de cuando empieza y acaba el periodo de cómputo de los noventa días.

La finalidad del legislador es muy clara: evitar que en un periodo de noventa días se realicen despidos por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o extinciones contractuales asimiladas que por su número debían seguir el procedimiento del despido colectivo del Art. 51 del ET.

El umbral numérico legalmente requerido de trabajadores despedidos puede conseguirse de una sola vez o mediante sucesivas decisiones empresariales., no planteándose en el primer caso problema alguno.

En el segundo caso, el criterio a utilizar para el cómputo de los noventa días, siguiendo a la STSJ de Cataluña, de 19 de Julio de 1995, Ar/3118, vendría a ser el de entender que los periodos de noventa días no se cuentan por trimestres naturales sino a partir del primer despido objetivo *“ex Art. 52 c) del ET”*, hacia atrás y hacia delante: *“El despido individual/plural ex art. 52 c) del ET abre un periodo de cómputo tanto hacia delante como hacia atrás para ver si dentro de ese periodo de tiempo se han producido otras extinciones contractuales computables en número suficiente para calificar el despido de colectivo”*.

Así, producido un despido o varios despidos, si en los 89 días anteriores o posteriores se hubieren producido o se producen otros despidos por estas causas u otras extinciones contractuales computable, todas ellas integrarán el despido colectivo (en este mismo sentido, la STSJ de Andalucía/Málaga, de 21 de Mayo de 1997, Ar/1918).

6.- Otras extinciones computables.

16.- En quinto lugar, el de qué *“otras extinciones contractuales”* quedan integradas legalmente en el cómputo.

En principio, computarían, según la Ley, todas aquellas extinciones contractuales producidas *“a iniciativa del empresario”* y *“en virtud de otros motivos (distintos de las causas*

económicas, técnicas, organizativas o de producción) *no inherentes a la persona del trabajador*”, con exclusión de las extinciones de los contratos temporales por la llegada de su término final, siempre que su número sea, al menos de cinco.

No es fácil proyectar esta obscura regla legal sobre las distintas causas de extinción contractual admitidas por el Art. 49 del ET. Los dos elementos utilizados por la Ley -“*extinción a iniciativa del empresario*” y “*extinción por motivo no inherente a la persona del trabajador*”,- plantean algunas cuestiones interpretativas importantes. Y a ellos se añade la exigencia de que su número sea, al menos, de cinco, siendo esta previsión también de oscura interpretación.

6.1.- A iniciativa del empresario.

17.- Así, el primero de los dos elementos (ha de tratarse de una extinción a iniciativa del empresario) parecería dejar clara la exclusión de las extinciones contractuales a iniciativa del trabajador (abandono, dimisión y resolución contractual justificada “*ex Arts. 40 y 41 del ET*” y “*ex Art. 50 del ET*”). Sin embargo, si bien nadie ha cuestionado la exclusión de las primeras (en este sentido, la STSJ de Castilla-La Mancha, de 24 de Septiembre de 1997, Rec. 238/1997, se manifiesta a favor de la exclusión del cómputo de extinciones contractuales configuradoras de un despido colectivo, argumentando que estas extinciones responden a la voluntad del trabajador frente a una iniciativa lícita del empresario), no sucede lo mismo con la última -resolución contractual- “*ex Art. 50 del ET*”. Existe, en este último sentido, doctrina judicial que considera que las resoluciones contractuales instadas por el trabajador al amparo del Art. 50 del ET computan a estos efectos, argumentado que se deben a un incumplimiento previo del empresario (STSJ de Castilla-La Mancha, de 24 de Septiembre de 1997, Rec.- 238/1997).

En todo caso, este primer elemento plantea la cuestión interpretativa de si deben computarse o no las bajas por mutuo acuerdo incentivadas por el empresario o las denuncias empresariales de las condiciones resolutorias pactadas en el contrato. A nuestro juicio, existen razones de peso para dar una respuesta negativa, excluyendo estas extinciones del cómputo, con base en la analogía con las extinciones de los contratos temporales por la llegada del término final, dado que en los tres supuestos de extinción existe un mutuo acuerdo de las partes (en el momento de contratar o en el momento de extinguir el contrato), lo que excluye la

calificación de los mismos como supuestos de extinción “a iniciativa del empresario”. En este mismo sentido se manifiesta la STSJ de Cataluña, de 16 de Abril de 1996 (Ar/1436), declarando la no computabilidad de las jubilaciones anticipadas acordadas con el empresario, aunque la empresa pretendiera con ello amortizar los puestos de trabajo.

6.2.- Por motivos no inherentes a la persona del trabajador.

18.- En atención al segundo elemento (ha de tratarse de una extinción contractual por motivos no inherentes a la persona del trabajador), resultarían incluidas en el cómputo, sin mayores problemas, los despidos por fuerza mayor y, con mayores dudas, las extinciones por muerte, jubilación e incapacidad del empresario persona física y por extinción de la personalidad jurídica del empresario, pese a lo dispuesto en la STJCE de 12 de Octubre de 2004 (Asunto Comisión contra república Portuguesa, C-55/02. TJCE 2004/376) que incluye en el cómputo previsto por la Directiva a los despidos por fuerza mayor y al cese de la actividad de la empresa a raíz del fallecimiento del empresario, aunque normalmente en estos casos estaremos ante un cierre total de empresa, por lo que no procederá la aplicación de estas reglas de cálculo.

Paralelamente, resultarían claramente excluidas del cómputo, por tratarse de extinciones contractuales por motivos inherentes a la persona del trabajador, las debidas a muerte, jubilación e incapacidad del trabajador.

Mayores problemas plantean en este sentido los despidos disciplinarios y las extinciones contractuales por causas objetivas.

19.- En cuanto a los despidos disciplinarios, cabría concluir “a priori” que deberían excluirse del cómputo por tratarse de extinciones contractuales debidas a motivos inherentes a la persona del trabajador (su incumplimiento contractual). Esto resulta evidente en el caso de los despidos disciplinarios declarados judicialmente procedentes o en los no impugnados judicialmente. No lo es tanto en los casos de los despidos improcedentes o nulos por atentar contra derechos fundamentales del trabajador.

En cuanto al cómputo de los despidos disciplinarios, la doctrina judicial se encuentra dividida:

- a) Hay Sentencias que consideran no computables a los despidos disciplinarios en general (SS.TSJ de la Comunidad Valenciana, de 3 de Diciembre de 2002, Rec. 2570/2002 o de Andalucía, de 21 de Abril de 2004, Rec.570/2004).
- b) Hay Sentencias que, al contrario, consideran computables los despidos disciplinarios, especialmente en el caso de que la empresa acepte un acuerdo en conciliación (STSJ de Cataluña, de 16 de Abril de 1996, Ar/1436).
- c) Hay Sentencias, en fin, que entienden computables o no los despidos disciplinarios en atención a su calificación judicial, de manera que no computa el despido procedente y sí el despido improcedente en el caso de opción por la indemnización y no por la readmisión (STSJ de Castilla-La Mancha, de 24 de Septiembre de 1997, Rec. 238/1997).

Lo mismo cabría decir acerca de la extinción contractual por causas objetivas del Art. 52 del ET (por ineptitud, falta de adaptación del trabajador o absentismo laboral). Evidentemente, resultan excluibles del cómputo las extinciones no impugnadas judicialmente o declaradas judicialmente procedentes, planteando las mismas dudas que los despidos disciplinarios, en los casos de extinciones declaradas judicialmente improcedentes o nulas.

Finalmente, la propia exclusión legal expresa del cómputo de las extinciones de los contratos temporales por la llegada de su término final es cuestionada por la doctrina judicial cuando se trate de contratos temporales fraudulentos, defendiéndose su computabilidad (STSJ de Andalucía, de 14 de Febrero de 2003, Rec. 3493/2002).

6.3.- La exigencia de que las computables sean, al menos, cinco.

20.- Y, en cuanto a la exigencia mínima legal de “cinco extinciones”, se plantea la duda interpretativa de si se refiere a “cinco extinciones contractuales distintas de los despidos objetivos por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción”, como parece deducirse de una interpretación literal del Art. 51.1 del ET o si, por el contrario, se refiere a

“cinco despidos objetivos por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción”, como se deduce de una interpretación sistemática del precepto legal a la luz de la Directiva Comunitaria en la que el ET tiene su origen, de donde solamente si hubiera cinco despidos por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción cabría contabilizar en el cómputo a otras extinciones contractuales. No existe respecto de esta cuestión interpretativa una posición doctrinal y jurisprudencial clara.

21.- En efecto, en esta materia, no existe posición doctrina unánime al respecto, entendiendo parte de ella (en su gran mayoría), que para que computen las "extinciones adicionales" a las que hace referencia el apartado 4º del apartado 1 del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores, las mismas se deberán producir en un número mínimo de 5 extinciones. A favor de esta interpretación se encuentra Valdés Dal-Re y Monereo Pérez (en contra v.gr. SALA) indicando textualmente que *"las extinciones producidas por motivos no inherentes a la persona del trabajador que resultan relevantes para el cálculo del factor numérico son aquellas que han tenido lugar en el período de 90 días inmediatamente anterior a aquel en el que el empresario proyecta efectuar nuevas extinciones de contratos de trabajo. Es entonces cuando aquellas primeras extinciones, siempre que hayan afectado al menos a 5 trabajadores, vienen a computar con vistas a la determinación del elemento cuantitativo; es decir, se adicionan a las segundas que se tiene intención de realizar, si la suma de ambas supera los umbrales, el despido tendrá la condición legal de despido colectivo..."*

Asimismo, la Doctrina Judicial se encuentra dividida puesto que, en un buen número de resoluciones (TSJ Comunidad Valenciana de 25 de marzo de 1999; TSJ Comunidad Foral de Navarra de 30 de noviembre de 1996; TSJ Cataluña de 16 de abril de 1996) se determina que incluso aunque sea únicamente una extinción (por ejemplo, basada en un despido disciplinario improcedente), dicha extinción se deberá adicionar a las efectuadas por causas objetivas. Así, indica la citada Sentencia del TSJ Comunidad Valenciana que *"nos encontramos con un despido disciplinario que resulta conciliado por la propia empresa en trámite de conciliación, con el reconocimiento de su improcedencia, al que siguen en un período que no excede los noventa días mencionados, el despido por razones objetivas de nueve trabajadores, así como el de cuatro trabajadores más, estos últimos de carácter temporal. Si bien esta Sala está de acuerdo con la exclusión de estos últimos (...), no puede estarlo con el despido improcedente*

que resultó conciliado, pues es patente que la empresa quiso eludir la estricta aplicación de la norma, evitando la superación del umbral cuantitativo que le hubiera obligado a seguir la vía administrativa del despido colectivo"

Por contra, la Sentencia del TSJ de Andalucía, Málaga, de 21 de abril de 2005, determina lo contrario, es decir que para computar estas extinciones "adicionales", las mismas se deberán realizar en un número, al menos, de 5 : *"Resulta evidente que no se superó el tope máximo legal necesario para considerar las extinciones como de carácter colectivo, pues los tres despidos improcedentes no se pueden computar al no alcanzar el mínimo de cinco exigido por el artículo 51 del Estatuto para poder tener en cuenta las extinciones adicionales producidas por causas o motivos distintos a las objetivas"*

IV.- ¿UNA POSIBLE VÍA ALTERNATIVA?. LOS DESPIDOS "EXCLUSIVAMENTE" DISCIPLINARIOS.

22.- En el panorama confuso que queda descrito a partir del innegable interés empresarial, señalado al comienzo, de encontrar mecanismos que, sin vulnerar la legalidad, permitan eludir la exigencia legal de acudir a la tramitación de un ERE, debe darse cuenta de la vía de actuación que puede abrirse atendiendo a una reciente Jurisprudencia del Tribunal Supremo que, aunque podía tener ciertos precedentes, nunca hasta el presente se había formulado con la rotundidad y claridad con que ahora lo ha sido.

Dos recordatorios iniciales deben realizarse para contextualizar lo que a continuación ha de exponerse. A saber:

a) En primer lugar que, a diferencia de lo que sucede en el tratamiento de los despidos económicos en los que la eventual declaración de nulidad del despido por fraude de ley subsiste (art. 51.1, pº 5º ET), en cambio, en los despidos disciplinarios, la figura del despido nulo por fraude de ley no está actualmente contemplada en la legislación laboral, como con contundencia ha reiterado, ya desde hace bastantes años, la Jurisprudencia (SSTS de 23 de mayo de 1996, AR/4612 y 30 de diciembre de 1997, AR/1998/447).

Y, b) en segundo lugar, que como es sabido, a raíz de la reforma operada en el art. 56.2 ET por la Ley 45/2002 de 12 de diciembre, en el momento actual, resulta posible al empresarial el reconocimiento “*ab limine*” de la improcedencia de un despido disciplinario, poniendo a disposición del trabajador la indemnización que le corresponde y evitando incluso -si los cálculos están correctamente realizados- el abono de salarios de tramitación, y consolidando una decisión extintiva “*comprada*” y “*acausal*”, sin que a ello -salvo en los supuestos de nulidad por violación de derechos fundamentales o aquellos otros en que la opción entre readmisión e indemnización corresponda al propio trabajador- pueda oponerse el menor reproche de ilegalidad, cuando se está dentro del terreno de los despidos disciplinarios.

23.- Pues bien, es en el panorama que proporciona la situación recién descrita en el que cabría plantearse hasta qué punto puede resultar posible, en el momento actual, proceder a extinguir contratos, por vía de despidos disciplinarios cuya improcedencia se reconozca desde el primer momento, aun cuando el número de las extinciones supere los umbrales numéricos y temporales establecidos en el art. 51.1 ET.

Para resolver la cuestión recién planteada es preciso dar previa respuesta a la relativa a cuando deben computarse esas “*otras extinciones contractuales*” a que se refiere la Ley para poder calificar un despido colectivo, esto es, si pueden computarse cuando juegan solas o si se necesita para su cómputo de la existencia de algún despido objetivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción en el periodo legal de referencia de noventa días.

A esta cuestión se refiere la STS de 14 de Mayo de 2008, Ar/4123, en unificación de doctrina, repitiendo la misma doctrina sentada en las anteriores SS.TS de 22 de Enero de 2008, Ar/2074 y de 22 de Febrero de 2008, Rec. 3315/2006.

En efecto, planteado en estas Sentencias un supuesto de hecho referido a una empresa que procede a extinguir determinados contratos concertados como temporales a la llegada de su término final que, formuladas las correspondientes demandas por despido, resultan declarados improcedentes por tratarse de contratos temporales en fraude de ley, en número superior al umbral establecido en el Art. 51.1 del ET para la calificación de un despido como

colectivo, se solicita por los trabajadores que se califique el despido de colectivo y, por ello, de nulo por incumplimiento del procedimiento previsto legalmente en el Art. 51 del ET.

En estas Sentencias se viene a mantener lo siguiente:

“Resulta claro que es totalmente acertada la sentencia recurrida, al calificar de improcedente el despido del actor, pues el mismo no tiene nada que ver en absoluto con las figuras jurídicas que regulan los Arts. 51, 52 y 53 del ET. Esto es obvio, habida cuanta que los denominados despido colectivo y objetivo que prevén estos preceptos exigen necesariamente para su existencia la concurrencia de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción; si no existe ni aparece ninguna de estas causas no puede apreciarse la existencia de estos particulares despidos. Ello significa que para la existencia de un despido colectivo no basta, en forma alguna, con el hecho de que varios trabajadores hayan sido despedidos al mismo tiempo, aunque el número de esos trabajadores supere, incluso con holgura, los topes que fija el Art. 51.1 del ET, sino que además es absolutamente preciso que esos ceses sean debidos a alguna causa económica, técnica, organizativa o de producción.

En el caso de autos no consta, en forma alguna, la concurrencia de ninguna de estas causas; ni siquiera aparece el más mínimo indicio de tal concurrencia; es más, en el despido del actor no se hizo referencia alguna a esas causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. No hay, por tanto, razón de clase alguna para aplicar en esta litis el Art. 51 del ET”. (STS de 22 de enero de 2008, cit. Fundamento de Derecho Cuarto).

24.- Así pues, otras extinciones contractuales distintas de los despidos objetivos por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción solo podrán computarse como “comodines” para la calificación de un despido como colectivo en el caso de que exista algún despido objetivo del Art. 52 c) del ET en el período legal de referencia de los noventa días.

O dicho más claramente, si la empresa utiliza exclusivamente despidos disciplinarios, en la medida en que estos “no concurren” con otros motivados en causas económicas, técnicas, organizativas o productivas, no cabe apreciar en ningún caso la existencia de un despido

colectivo. Y ello incluso, insisten las Sentencias del TS que comentamos, “aunque el número de esos trabajadores supere, incluso con holgura, los topes del art. 51.1 ET”.

De este modo y aunque pueda resultar “inquietante” la conclusión, parece posible para una empresa eludir un ERE si se desentiende por completo de la alegación de las razones económicas, técnicas, organizativas o productivas que dan base a los arts. 51 y 52.c ET y procede a través del mecanismo indicado.

25.- Podría decirse, en contra, que resultaría claro que esos despidos encubrirían las expresadas razones económicas, técnicas, organizativas o productivas reales y que, por tanto, estaríamos ante despidos en fraude de ley conforme al art. 51.1 ET. Pero adviértase dos cosas:

a) En primer lugar, que planteados “*acausalmente*” los despidos con reconocimiento de improcedencia en el momento mismo de su formalización, difícilmente -si el empresario no ha dado “pistas” para ello- van a poder aflorar unas causas no expresadas. Aquí no juega una prueba indiciaria, seguida de una “inversión de la carga”, porque no estamos ante despidos sospechosos de nulidad por violación de derechos fundamentales.

Y, b) en segundo lugar, que tampoco cabe plantear, si nos movemos en el estricto terreno de los despidos disciplinarios, que estamos ante despidos “en fraude de ley” porque como se ha dicho, esa alternativa es inexistente en el plano disciplinario, como confirma reiteradísima Jurisprudencia (vid. *supra*).

El presente documento recoge información relativa a novedades normativas y/o jurisprudenciales. Las opiniones en él contenidas no constituyen asesoramiento profesional o jurídico.

© Abdón Pedrajas Abogados y Asesores Tributarios, S.L.P. Quedan reservados todos los derechos prohibiéndose la explotación, reproducción, comunicación pública y transformación, total o parcial, sin la pertinente autorización de Abdón Pedrajas Abogados y Asesores Tributarios, S.L.P. (Madrid – Tel +34 91 590 39 94; Barcelona - Tel. +34 93 209 29 67).