



Universidad Internacional de La Rioja
Grado en Derecho

La nulidad del despido objetivo por causas económicas en la Jurisprudencia

Trabajo fin de grado presentado por: JUAN DE DIOS MONTELONGO PARADA
Titulación: GRADO EN DERECHO
Línea de investigación: INVESTIGACIÓN DOGMÁTICA
Director/a: GUILLERMO GARCÍA GONZÁLEZ

Ciudad LAS PALMAS DE GRAN CANARIA
07/10/2018
Firmado por:
JUAN DE DIOS MONTELONGO PARADA

CATEGORÍA TESAURO: CIENCIAS SOCIALES. DERECHO
PRIVADO. DERECHO DEL TRABAJO

ÍNDICE

I. LA NULIDAD DEL DESPIDO OBJETIVO POR CAUSAS ECONÓMICAS EN LA JURISPRUDENCIA

I.1 Consideraciones generales

II. Breve referencia a los antecedentes legislativos hasta el RDL 3/201222, y de la Ley 3/2012.

III. Situación actual.

IV. La interpretación de la nulidad

V. Despido colectivo. Nulidad relacionada con la falta de comunicación a los representantes legales de los trabajadores en el despido colectivo

V.1. Nulidad relacionada con la documentación.

V.2. Nulidad relacionada con la buena fe en la negociación

V.3 Nulidad relacionada con la elección de los trabajadores despedidos

V.4. Nulidad relaciona con la efectividad de la negociación

VI. Despido individual. La nulidad por fraude de ley.

VI.1 La nulidad relacionada con el plazo computable para determinar el número de trabajadores afectados.

VI.2 La nulidad relacionad con el computo de los trabajadores afectados.

VII. Trabajadores incluidos en ERE.

VIII. Conclusiones

ÍNDICE DE ABREVIATURAS EMPLEADAS

CE Constitución Española

CC Código Civil

ET Estatuto de los Trabajadores

ERE Expediente de regulación de empleo

LEC Ley de Enjuiciamiento Civil

LOPJ Ley Orgánica del Poder Judicial

LRJS Ley Reguladora de la Jurisdicción Social

OIT Organización Internacional del Trabajo

RLT Representantes de los Trabajadores

RD Real Decreto

RDL Real Decreto Ley

Rcur Recurso

Rcud Recurso para la unificación de doctrina

SAN Sentencia de la Audiencia Nacional

STC Sentencia del Tribunal Constitucional

STJUE Sentencia del Tribuna de Justicia de la Unión Europea

STS Sentencia del Tribunal Supremo

STSJ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia

STJUE Sentencia Tribuna de Justicia de la Unión Europea

TSJ Tribunal Superior de Justicia

TS Tribunal Supremo

UE Unión Europea

Resumen.

El TFG en el que vamos a trabajar, pretende ahondar en el despido objetivo, destacando la gran transformación histórica que ha sufrido, pasando desde su ínfima utilización, debido a su dificultad técnica que abocaba a la declaración de nulidad por defecto formales, hasta que, con la modificación legislativa operada en los años 2010 y 2012, pasa a tomar la importancia que, como despido derivado de una situación real de dificultad para mantener el nivel de empleo en la empresa, debería haber tenido.

Como decimos, hasta las importantes modificaciones operadas en su regulación, el despido disciplinario se había convertido, a pesar de su mayor coste, en la fórmula habitual para prescindir de un trabajador, aunque en la mayoría de los casos no existía esa indisciplina, notificándose así con el único objetivo de obtener la calificación de improcedencia, indemnizar y resolver la relación laboral.

Veremos en nuestro trabajo que, la nulidad en el despido objetivo actual se circunscribe a tres específicas que son la falta de comunicación a los representantes legales de los trabajadores, el despido en fraude de ley y el de trabajador incluido en ERE, con sus características específicas dentro de cada una de ellas. El resto de las causas de nulidad se corresponden con las generales de los despidos, fundamentalmente por vulneración de derechos fundamentales.

Palabras claves: Causas económicas, despido, improcedencia, indemnización, nulidad,

Introducción.

En el presente trabajo vamos a utilizar, fundamentalmente, la información que nos facilita internet, teniendo en cuenta las múltiples fuentes que esta herramienta pone a nuestra disposición, no solo en artículos doctrinales y de opinión sino, sobre todo, y teniendo en cuenta las características de este trabajo, en la jurisprudencia de nuestros tribunales.

Por otra parte también, lógicamente, estudiaremos la bibliografía que se relacione con nuestro trabajo y, todo ello, aderezado con nuestra propia experiencia laboral, lo que, visto desde otra perspectiva, aporta una visión desde el punto de vista teórico, a través del análisis de la normativa, de estudios doctrinales y jurisprudencia, y, desde el punto de vista práctico, a través de nuestra experiencia en nuestro despacho profesional.

Por tanto, vamos a utilizar fuentes primarias fruto de nuestra labor diaria y fuentes secundarias obtenidas en bases de datos, bibliotecas y otros recursos informáticos.

Esta metodología va a consistir en el análisis de, fundamentalmente, la jurisprudencia de nuestros tribunales, con especial referencia, como no podía ser de otra manera, a la emanada de nuestro Tribunal Supremo.

Comenzaremos por realizar una breve reseña histórica que nos sitúe en la evolución normativa que ha sufrido el despido objetivo desde los albores de su nacimiento hasta la actualidad.

Esto nos dará una clara perspectiva de cómo, cada periodo temporal, en función de la situación política y económica, afecta a la normativa laboral.

A continuación, y como parte principal del trabajo, nos adentraremos en el estudio de las causas de nulidad desde la perspectiva jurisprudencial.

I. LA NULIDAD DEL DESPIDO OBJETIVO POR CAUSAS ECONÓMICAS

I.1. Consideraciones generales

El despido objetivo debería haber sido la forma más habitual de la finalización no voluntaria del contrato de trabajo que une a la empresa con el trabajador, puesto que reúne, dentro de las causas que lo permiten, recogidas en el art. 52 del Estatuto de los Trabajadores (ET a partir de ahora), la mayoría de las circunstancias por el que una empresa tiene la necesidad de extinguir esta relación laboral, que van, desde causas achacables al trabajador, fundadas en ineptitud sobrevenida, falta de adaptación a las modificaciones técnicas operadas en su puesto de trabajo, faltas de asistencia al trabajo, aun

justificadas etc., como a la empresa, en este caso fundadas en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.

A este amplio abanico de posibilidades que, tiene el empresario para extinguir el contrato de trabajo, se une que la indemnización por dicha extinción es de 20 días por año de servicio, notablemente inferior a la establecida para el despido improcedente. Todas estas circunstancias que, deberían haber propiciado su utilización, quedaban en nada, ante la penalidad de su declaración de nulidad si no se consideraba por los tribunales suficientemente demostrada la causa alegada por la empresa, que traía, como consecuencia, la necesidad de proceder a la readmisión del trabajador, con el pago de los consiguientes salarios dejados de percibir desde el momento del despido hasta la efectiva readmisión.

Esta problemática, como hemos dicho, impidió su utilización, optando la mayoría de las empresas por el más efectivo despido disciplinario, que, aunque no se correspondía con la verdadera causa del despido, al menos, lo era, desde del punto de vista formal, lo que traía como consecuencia su declaración de improcedencia que, con la indemnización legalmente establecida de 45 días por año de servicio, finiquitaba definitivamente la relación laboral.

La intensidad de la crisis económica que padecemos a partir del año 2008 hizo comprender la necesidad de flexibilización de las condiciones laborales de los trabajadores y de los requisitos exigidos para su salida de la empresa, en el marco y de conformidad con los objetivos europeos¹, al mismo tiempo que se pretende evitar la desaparición de la empresa, permitiendo despidos preventivos². Como consecuencia de estas necesidades se produce la reforma laboral de año 2010, que, entre otras importantes mejoras, determina que, la falta de suficiente justificación de las causas objetivas expuestas en la comunicación de la empresa da lugar a la calificación del despido como improcedente, lo que ha permitido su utilización de forma generalizada, ayudando a los empresarios a adecuar su plantilla a la situación económica de la empresa.

En la situación actual, la declaración de nulidad ya solo se circunscribe a tres específicas: la falta de comunicación a los representantes legales de los trabajadores, el despido en fraude de ley y el de trabajador incluido en ERE. El resto de las causas de nulidad se corresponden con las generales de los despidos, fundamentalmente por vulneración de derechos fundamentales.

II. Breve referencia a los antecedentes legislativos hasta el RDL 3/2012, y de la Ley 3/2012.

El antecedente más lejano del despido objetivo lo tenemos en la Ley de Jurados Mixtos de 27 de noviembre de 1.931 que, estableció como supuesto de despido no imputable a la voluntad del trabajador la "crisis de trabajo" y la "cesación de industria o profesión".

En los inicios del régimen Franquista, la Ley de Contrato de Trabajo de 26 de enero de 1.944 citaba como causa de extinción de este, la cesación de la industria, comercio, profesión o servicio, fundada en crisis laboral o económica. El Magistrado de Trabajo fijaba indemnización al trabajador, en base a unas

¹ MONTOYA MELGAR (2012: 10)

² MARTÍN JIMÉNEZ (2010: 555)

circunstancias (cargas familiares, antigüedad, dificultad de colocación, etc.) sin que en ningún caso dicha indemnización pudiera superar el equivalente a un año de salario, tope máximo que ha permanecido hasta el día de hoy.

Una nueva modificación al respecto se introduce por el Decreto 3092/1.972 sobre Política de Empleo, que en su capítulo II (arts. 7 y ss.) incluyó la extinción o suspensión de la relación laboral de los trabajadores fijos fundada en causas tecnológicas o económicas y estableció un procedimiento, desarrollado por la Orden de 18 de diciembre de 1.972, que exigía la autorización administrativa para proceder a los despidos o extinciones, que ha sido fundamental en su regulación.

Posteriormente la Ley de Relaciones Laborales de 1.976, en su art. 18, introduce la posibilidad de una oferta empresarial de indemnización, necesariamente superior a la legal, que luego sería aprobada por la resolución administrativa del expediente.

La publicación del Real Decreto Ley de Relaciones de Trabajo 17/1.977 de 4 de marzo, incluye, como novedad, la causa económica para el despido individual. El art. 39 c) del citado texto legal estableció que constituía causa de despido *"la necesidad de amortizar individualmente un puesto de trabajo cuando no proceda utilizar el trabajador afectado en otras tareas."*

El art. 40 del citado RD establecía la obligación de la comunicación escrita y la puesta a disposición del trabajador de la indemnización de una semana de salario por año trabajado (art. 44), la concesión del preaviso, y, lo que es más importante y causa de su poca utilización hasta las modificaciones de la Ley 35/2.010, establecía la nulidad del despido por el incumplimiento de tales requisitos formales, a excepción del preaviso.

La publicación del Estatuto de los Trabajadores por la Ley 8/1.980 de 10 de marzo, principal norma reguladora de las relaciones laborales a partir de ese momento mantiene los requisitos formales del R.D.L. 17/1.977 con algunas modificaciones y así, recoge en su 52 c) el despido objetivo individual para las empresas de menos de 50 trabajadores, no siendo viable en el resto. En las de menos de 25, el 40% de la indemnización corría a cargo del Fondo de Garantía Salarial, como ha sucedido hasta la actualidad, pero aplicable solo a los despidos colectivos. El Estatuto solo admitía, en principio, la amortización sin expediente en el caso de que fuera un solo trabajador afectado. El art 53 ET fija la indemnización en 20 días por año con el límite de una anualidad.

El R.D. 696/1.980 de 14 de abril, reguló el procedimiento para la tramitación de las extinciones colectivas de los contratos por causa económica, técnica u organizativa y de fuerza mayor mediante expedientes de regulación de empleo.

Una de las más importantes modificaciones del ET es la llevada a cabo por la Ley 11/1.994 de 19 de mayo, que afecta de lleno al despido objetivo por causa económica, técnica u organizativa, modificando los artículos 51, 52 y siguientes. La nueva redacción dada al art. 52 c) del ET dispone que, procede la extinción individual por causa objetiva cuando exista la necesidad objetivamente acreditada de amortizar puestos de trabajo por causas de carácter económico, técnico, organizativo y de producción relacionadas en el art. 51.1 y en número inferior al establecido en el mismo, aclarando, como cuestión novedosa, que se entenderá que concurren las causas citadas cuando la adopción de las medidas propuestas contribuya, si las aducidas son económicas, a superar esta situación económica negativa de la empresa, o si son técnicas, organizativas o de producción, a garantizar la viabilidad futura de

la empresa y del empleo en la misma a través de una más adecuada organización de los recursos.

Además, esta modificación reservó la autorización administrativa para los supuestos de despido colectivo que afectasen a un mayor número de trabajadores, autorizando expresamente la ausencia de aprobación por la autoridad laboral en los despidos que no alcanzasen el tope numérico establecido. En el mismo sentido, la modificación normativa citada suprimió el requisito de que sólo se pudiese articular el despido objetivo individual en empresas de menos de 50 trabajadores. Y lo que es más importante, permitió los despidos objetivos de uno o varios trabajadores, siempre que no se superase el umbral de la nueva redacción del art. 51.

Desde el punto de vista formal se mantuvieron los requisitos esenciales de comunicación escrita detallada, entrega de documentación en su caso, plazo de preaviso y puesta a disposición de la indemnización. El incumplimiento empresarial de tales formalidades provocaba la declaración de nulidad del despido.

El art. 3 de la Ley 63/1.997 de 26 de Diciembre de Medidas Urgentes para la Mejora del Mercado de Trabajo y el Fomento de la Contratación Indefinida, añade al apdo. c) del art. 52 especificando que el empresario acreditará la decisión extintiva en causas económicas, con el fin de contribuir a la superación de situaciones económicas negativas, o en causas técnicas, organizativas o de producción para superar las dificultades que impidan el buen funcionamiento de la empresa, ya sea por su posición competitiva en el mercado o por exigencias de la demanda, a través de una mejor organización de los recursos.

Ya en plena crisis económica y, ante la necesidad de tomar medidas para incentivar el decaído mercado de trabajo, ve la luz el R.D.L. 10/2.010 de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, que, aporta como novedad, que la empresa tendrá que acreditar los resultados alegados y justificar que de los mismos se deduce mínimamente la razonabilidad de la causa extintiva.

Estas reformas legislativa está tratando de aportar una mayor flexibilidad a nuestro mercado de trabajo que permita, por un lado, un aumento en la productividad de nuestras empresas, pues como dice Antón Costas³ : "Uno de los diez mandamientos de la economía dice que, a largo plazo, la riqueza de un país y el bienestar de sus gentes dependen exclusivamente de la productividad" y, por otra, ver si este incremento de la productividad traerá, consecuentemente, una mejora de la misma, cuestión esta en la que nuestro País tenía (y tiene actualmente) una amplia posibilidad de mejora, considerando que ocupaba en aquellas fechas de 2011 el puesto 43 en un ránking de 59 países con marcos regulatorios más favorables a la competitividad de las empresas, según datos del Management Development (IMD) de Lausana, recogidos por el Instituto de Estudios Económicos (IEE).

Esta misma situación ya fue identificada, no sin ciertas dotes premonitorias, por el profesor Sempere Navarro⁴ *"La constatación de que en los últimos años ha crecido notablemente el empleo no debe ocultar las excepcionales circunstancias que lo han posibilitado, por lo que las políticas*

³ "Raquitismo Empresarial Español" publicado en El País Negocios del domingo 21/01/12

⁴ SEMPERE NAVARRO (2006: 156).

puestas en juego no pueden considerarse satisfactorias en función de aquél dato; en particular, se advierte sobre la necesidad de aumentar la productividad si se quiere converger con los países más avanzados de la UE”.

Por último, nos referiremos, como cuestión a resaltar que el Real Decreto-ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, tramitado en el Congreso como Ley 35/2010, se estableció el aumento de las indemnizaciones por finalización de contrato temporal. Estas indemnizaciones se introducen de manera progresiva y comenzaron a surtir efecto a partir de los contratos temporales que se formalizados desde el 01/01/2012. Se aumenta en un día de indemnización por año trabajado hasta el 2015, fecha en la que se alcanzan los 12 días de indemnización.

En esa misma reforma, operada a través de la Ley 35/2.010 de 17 de septiembre, se da una redacción más concreta al art. 51.1, definiendo, como situación económica negativa para la empresa, la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos, que puedan afectar a su viabilidad o a su capacidad de mantener el volumen de empleo. Como causas técnicas se consideran la concurrencia de cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción; las organizativas se refieren al ámbito o los métodos de trabajo del personal y las productivas, cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado, exigiendo que se acredite la concurrencia de las causas referenciadas, si bien eliminando el adverbio "mínimamente".

Esta modificación establece la reducción del plazo de preaviso de 30 a 15 días, e, introduce, lo que podíamos considerar como modificación “estrella”, la reconversión de los defectos formales del despido objetivo a la improcedencia, en lugar de la nulidad, unificándose así su régimen jurídico con el del despido disciplinario, esta modificación ha tenido importantes efectos prácticos, como hemos dicho anteriormente, al permitir la utilización de este tipo de despido sin el peligro de que este sea declarado nulo, aunque la justificación de las causas del mismo no sean consideradas ajustadas a Derechos por el Juez.

III. Situación actual.

Por último, el R.D.L. 3/2012 de 10 de Febrero de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado Laboral, luego convertido en la Ley 3/2012 de 6 de Julio⁵, es la vigente normativa reguladora del despido objetivo por causa económicas, técnicas, organizativas y de producción, entendiéndose que estas causas concurren, cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas.

Esta disposición aclara, refiriéndose a las causas económicas que, se entenderá que la disminución es persistente si durante tres trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior, lo que determina

⁵ Se adapta a la Directiva 98/59/CEE, de 20 de julio, que recoge la Directiva 75/129/CEE, de 17 de febrero, a su vez modificada por la Directiva 92/56/CEE, de 24 de junio.

una cierta persistencia en el descenso de ventas y no representa una cuestión meramente coyuntural, que deberá sopesar el órgano judicial⁶.

IV. La interpretación jurisprudencial de la nulidad

La evolución normativa que ha sufrido el despido objetivo ha determinado, como hemos indicado, que pasara de calificarse como nulo la existencia de cualquier defecto formal, hasta la situación actual que, ha dejado reducida a tres, las causas que pueden hacer que el despido objetivo por causas económicas pueda ser calificado como nulo, dichas causas, como ya hemos indicado, se circunscriben a la falta de comunicación a los representantes legales de los trabajadores, el despido en fraude de ley y el de trabajador incluido en ERE. El resto de las causas de nulidad se corresponden con las generales de los despidos, relacionadas, fundamentalmente, con la vulneración de derechos fundamentales.

A continuación, vamos a entrar en el estudio de cada una de esas causas de nulidad, haciendo referencia a la jurisprudencia existente al respecto, empezando por las que afectan al despido colectivo para luego abordar la misma problemática en el despido objetivo individual.

V. Despido colectivo. Nulidad relacionada con la falta de comunicación a los representantes legales de los trabajadores en el despido colectivo.

En este apartado nos vamos a referir a lo que ha venido en denominarse, despido colectivo, por, como hemos dicho anteriormente, afectar a varios trabajadores en un espacio de tiempo determinado.

A raíz de la publicación de toda la batería normativa ⁷ que le dio nueva regulación al despido objetivo, fueron muchas las voces que auguraban una práctica liberalidad en la actuación empresarial, relegando la intervención judicial a una mera comprobación de la legalidad de las medidas adoptadas por la empresa, coincidiendo en esta apreciación muchos autores, así, a modo de paradigma de un pensamiento bastante generalizado la doctora Yolanda Maneiro ⁸ avisa de los peligros que para los trabajadores representaba que la

⁶ GÁRATE CASTRO (2012: 252)

⁷ RDL 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo. (BOE núm. 147, de 17/06/2010)

Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo. (BOE núm. 227, de 18/09/2010)

Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social. (BOE núm. 245, de 11/10/2011)

RDL 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. (BOE núm. 36, de 11/02/2012)

Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. (BOE núm. 162, de 07/07/2012)

RDL 11/2013, de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el ámbito económico y social. (BOE núm. 185, de 03/08/2013)

RD 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento sobre procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada. (BOE núm. 261, de 30/10/2012)

⁸ MANEIRO VÁZQUEZ (2013: 83-95).

autoridad laboral tuviera una simple actuación supervisora del procedimiento, encaminada, fundamentalmente, advertir y recomendar para que este se realizara de acuerdo con la Ley, dejando de tener, definitivamente, la capacidad de autorizar o no el despido, lo que permitía a la empresa desde ese momento tomar la medida propuesta, sin perjuicio de la posibilidad de los RLT de presentar la correspondiente demanda ante los Tribunales. No cabe duda, que el brusco cambio que supone la eliminación de la intervención de la autoridad administrativa, chocaba con la tradicional protección de los trabajadores ante el despido colectivo, que se producía desde el mismo momento de inicio del procedimiento por parte de la autoridad administrativa, dejando su control de legalidad “solo” en manos de los Tribunales. Esta interpretación alarmista de la nueva regulación del despido colectivo, como veremos en el desarrollo de esta exposición, tiene que ser muy matizada, puesto que, a lo largo de los últimos años, los tribunales, no solo no se han circunscrito al control de la legalidad, sino que han estado interviniendo para acotar la supuesta libertad empresarial para ejercer su potestad. De hecho, la jurisprudencia más reciente, ha resuelto que para determinar si concurren las causas justificativas de los despidos por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción, obliga a hacer un juicio de adecuación, razonabilidad y proporcionalidad (en términos de los sacrificios de las partes en presencia) de las concretas medidas extintivas adoptadas (STS de 25 de junio de 2014 (REC 165/2013)).⁹ Recientemente, y referido a esta cuestión, en la SAN de 03 de Febrero de 2017 (REC 331/2016), se declara justificado el despido, porque la reducción de los servicios fue de un 24,1%, que suponía una plantilla sobredimensionada en un 21%, lo cual acredita que la medida extintiva era idónea, razonable y proporcionada

No es objeto de nuestro trabajo entrar en el estudio de las circunstancias que justifican el despido objetivo tanto colectivo como individual por causas económicas, puesto que, su justificación o no dará lugar, de acuerdo con la redacción actual del apartado c) del artículo 53 ET a su calificación de procedente o improcedente. Lo que a nosotros nos interesa, es entrar en su estudio cuando se produce la calificación de nulidad, de acuerdo con la normativa y la interpretación jurisprudencial.

Es la LRJS en su artículo 124.11.IV, quien nos aclara que, en relación con el despidos colectivos por causas económicas, organizativas, técnicas o de producción o derivadas de fuerza mayor, la sentencia declarará nula la decisión extintiva únicamente cuando el empresario no haya realizado el período de consultas o entregado la documentación informativa a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral prevista en el artículo 51.2 del ET, o no haya respetado el procedimiento establecido para las extinciones contractuales como consecuencia de fuerza mayor, regulado en el artículo 51.7 del mismo texto legal u obtenido la autorización judicial del juez del concurso en los supuestos en que esté legalmente prevista, así como cuando la medida empresarial se haya efectuado con vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas. En este supuesto, la sentencia declarará la nulidad del despido y, en consecuencia, el derecho de los trabajadores afectados a la reincorporación a su puesto de trabajo, de conformidad con lo previsto en los apartados 2 y 3 del artículo 123 de la LRJS.

⁹ BODÁS MARTIN (2017: 118).

Nos centraremos, por lo tanto, en la nulidad que trae como consecuencia que el empresario no haya realizado el período de consultas o entregado la documentación informativa a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral prevista en el artículo 51.2 del ET.

Muchos autores, entre los que destaca el presidente de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional D. Ricardo Bodás¹⁰, justifican la radicalidad de este precepto, pues opinan, que la importancia del periodo de consulta está basada en que es una “*manifestación específica de la negociación colectiva*”, puesto que este, de acuerdo con el precepto legal que lo regula, está encaminado a paliar o minimizar, de alguna manera, los efectos que el despido propuesto por la parte empresarial, arbitrándose mediante esa necesaria negociación toda una serie de medidas, para que se vean afectados el menor número de trabajadores posible, asignando a los que definitivamente dejen de pertenecer a la empresa las necesarias ayudas para su reconversión y adaptación, mediante una adecuada asignación de los recursos disponibles por la empresa.

De la importancia del tratamiento de los despidos colectivos también, nos da idea, la existencia de una directiva específica de la Unión Europea al respecto¹¹.

Como vemos, el artículo 124 LRJS establece tres causas omisivas que acarrearán la nulidad del despido por causas económicas: la falta de periodo de consulta, la falta de entrega de la documentación informativa y la ausencia de buena fe durante el periodo de consultas.

La nulidad del despido que acarrea la radical falta de periodo de consulta, en principio, no parece plantear problemas interpretativos. Ahora bien, la jurisprudencia ha identificado varias situaciones, en relación con la negociación, que pueden determinar la nulidad del despido, aunque se haya llevado a cabo la negociación durante el periodo de consulta. Estas situaciones, relacionadas con las vicisitudes de las negociaciones, son las que vamos a estudiar ahora.

V.1. Nulidad relacionada con la documentación.

Nos referiremos, en primer lugar, a las cuestiones litigiosas relacionadas con la documentación que debe facilitar el empresario a los representantes de los trabajadores, que se relacionan en los artículos 3, para la documentación de carácter general y 4 para la correspondiente a los despidos por causas económicas del Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada

La Jurisprudencia ha venido perfilando la interpretación de las circunstancias que, relacionadas con la documentación, pueden determinar la calificación del despido por causas económicas como nulo y así relacionado con la no aportación por la empresa de la documentación solicitada, en la SAN de 27 de Octubre de 2017 (REC 182/2017), se estima la demanda de nulidad

¹⁰ BODÁS MARTIN (2017: 115)

¹¹ 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. (DOCE núm. 225, de 12/08/1998)

por no haberse aportado la documentación pertinente, reiteradamente solicitada y sin que la empresa ofreciera un motivo razonable para desatender la solicitud.

Esta sentencia es bastante clarificadora al afirmar que: *“el RD 1483/2012 exige una determinada documentación, cuya omisión constituye causa de nulidad del despido (art 124.11 LRJS), si bien cabe destacar tres matices:*

a) Los documentos no revisten carácter “ad solemnitatem,” de manera que su omisión provocará únicamente la nulidad del despido cuando impidan que la negociación pueda alcanzar sus objetivos.

b) Si el empresario no aporta toda la documentación exigible legal y reglamentariamente, le corresponderá acreditar la irrelevancia de la misma para la consecución de los objetivos del periodo de consultas.

c) Si la documentación legal y reglamentariamente exigible resulta insuficiente o se cuestiona su autenticidad, los representantes de los trabajadores pueden requerir otra distinta, pero en tal caso les corresponde la carga de la prueba de su pertinencia y han de haberla reclamado en el periodo de consultas para que, caso de ser pertinente y no haberse aportado injustificadamente, se declare la nulidad de la medida”.

De la claridad de lo expresado se deduce que la nulidad no la trae consigo cualquier omisión documental, sino que esta debe tener la suficiente entidad para afectar de tal manera a la negociación que esta quede desvirtuada y no se pueda conseguir sus objetivos y que, por un lado, el empresario puede omitir alguna documentación pero debe acreditar su irrelevancia y, por otro, los trabajadores están en su derecho de pedir la documentación complementaria que consideren, pero siempre dentro de los plazos legales y acreditando que es necesaria para conseguir los objetivos de la negociación, o lo que es lo mismo, la carga de la prueba de la pertinencia del documento corresponderá a los representantes de los trabajadores, quienes deberán justificar razonablemente ante el empresario la necesidad de acceder a la misma.

En la misma línea se manifiesta la SAN de 26 de Octubre de 2015 (REC 232/2015), que trata de la impugnación de un despido colectivo, ocasionado por la pérdida, por la empresa demandada, de su principal cliente, la empresa Mercadona, no habiéndose proporcionado a los negociadores el contrato que las unía, opinando, la representación legal de los trabajadores, que esa falta impedía tener un conocimiento cabal de lo sucedido e, instando la nulidad del despido, descartando el Tribunal dicha pretensión, por cuanto la empresa explicó pormenorizadamente el proceso de *“desenganche”* de la citada empresa.

Refiriéndose al tipo de documentación, en la SAN de 11 de noviembre de 2014 (REC 251/2014), se desestima la nulidad del despido por falta de documentación relevante, por cuanto no puede exigirse a la empresa que aporte documentos inexistentes o que los elabore para el período de consultas.

La STS de 26 de junio de 2018 (REC 83/2017) se declara la nulidad del despido por causas objetiva, por no haber facilitado la empresa, a la representación de los trabajadores, la información adecuada durante el periodo de consulta. Para cumplir con esa obligación, *“no basta con la aportación por parte de la empresa de una ingente cantidad de documentos de imposible entendimiento, si no están acompañados de una correcta exposición de su contenido que permita garantizar la fiabilidad de los datos en los que se sostienen y conocer adecuadamente su incidencia en la cuestión que es objeto de negociación.”*

Respecto a la misma cuestión, la STS de 21 de mayo de 2014 (REC 182/2013) confirma, que la finalidad de la documentación que se exige en el RD 1483/2012 es la de que los RLT tenga una información suficientemente expresiva para conocer las causas de los despidos y poder afrontar el periodo de consultas adecuadamente, resultando intrascendente por ello el que parte de la documentación se entregue con posterioridad si se ha cumplido con la expresada finalidad, lo que en este caso resulta evidente, puesto que en su propia demanda los recurrentes reconocen expresamente que la empresa aportó cuanta información le fue requerida.

La STS de 17 de enero de 2018 (REC 171/2017), trata de que la entidad RCN titular de un club social y del restaurante que en el estaba ubicado y F (empresa dedicada a prestar servicios de restauración) suscribieron contrato de arrendamiento de industria de dicho restaurante. El RCN comunicó a F la finalización del contrato de servicios y, F comunica a sus 23 empleados que a partir de la fecha de rescisión pasarían a depender de RCN o de la empresa que esta se lo cediera en arrendamiento, negándose RCN a subrogarse en los trabajadores y tampoco la nueva concesionaria T. El TS confirma la sentencia de TSJ califica la cuestión de despido colectivo nulo, conforme al art. 51-1 del ET, por no haberse seguido los trámites establecidos por este (inexistencia de negociación) precepto y no haberse aplicado el art. 44 del ET, dado que había existido sucesión de empresa, siendo responsables solidarios del mismo RCN y T, al haber existido sucesión de empresas en los términos del art. 44 del ET por la reversión de la industria a RCNGC y la transmisión de la explotación de esta a T con posterioridad.

Tengo que decir que la empresa F es cliente de nuestro despacho y que toda la documentación relacionada con las comunicaciones a RCN, respecto a la subrogación, a trabajadores etc., fue realizada bajo nuestra dirección, lo que permitió la sentencia favorable.

V.2. Nulidad relacionada con la buena fe en la negociación

La deficiente regulación normativa entraña, en opinión de los autores de artículos doctrinales,¹² una gran dificultad para determinar de forma clara y concisa que se entiende por buena fe en la negociación, por ello no es de extrañar que también la Jurisprudencia haya tenido que dedicar un importante esfuerzo en definirla. De esta dificultad, es buen ejemplo, como veremos a continuación, las diversas sentencias que han venido perfilando los límites que definen la buena o mala fe negociadora entre la empresa y la RLT, del periodo de consulta establecido para proceder al despido colectivo.

Otra de las cuestiones relevantes es, la relacionada con la efectividad y la buena fe en la negociación, puesto que: *“Aunque denominado periodo de consultas, pues, en la escala de los derechos de participación en la empresa no estamos en presencia de una simple obligación de consulta (superior al derecho a recibir información, pero que no alcanza el derecho a negociar, implicando solamente la posibilidad de plantear propuestas y formular alternativas) sino de una verdadera negociación, como subraya en varias sentencias, con apoyo en la normativa comunitaria y en la jurisprudencia aplicativa de la misma, la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional. Sostiene*

¹² PORQUET CATALÁ (2016: 3)

la Sala que el periodo de consultas constituye una manifestación propia de la negociación colectiva (SAN de 25 julio 2012 (REC 90/2012) y 28 septiembre 2012 (REC 106/2012)).”¹³

Al respecto, la STS de 30 de junio de 2011 (REC 173/2010), define con bastante claridad como debe ser la negociación para que reúna los requisitos de buena fe y efectividad que exige el precepto legislativo, indicando al respecto: *“Un proceso realmente negociador exige una dinámica de propuestas y contrapropuestas, con voluntad de diálogo y de llegar a un acuerdo, lo que obliga a la empresa, como beneficiaria de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo de sus empleados e iniciadora del proceso, no sólo a exponer la características concretas de las modificaciones que pretende introducir, su necesidad y justificación, sino que también, en el marco de la obligación de negociar de buena fe, debe facilitar de manera efectiva a los representantes legales de los trabajadores la información y documentación necesaria, incumbiendo igualmente a la empresa la carga de la prueba de que, ha mantenido tales negociaciones en forma hábil y suficiente para entender cumplimentados los requisitos expuestos, pues de no ser así, se declarará nula la decisión adoptada.”*

En sentencias más recientes como la STS de 23 de noviembre de 2016 (REC 256/2015) se indicaba que, la falta de concreción del significado de “negociar de buena fe”, al no hacerse referencia alguna a las obligaciones que comporta ni a las conductas que pudieran vulnerarlo, debía entenderse en el sentido del deber general de buena fe de todo contrato, recogido en el artículo 1258 CC y en el 89.1 ET específicamente para la negociación colectiva, añadiendo que la ley *“instrumenta la buena fe al objetivo de la consecución de un acuerdo”* STS de 27 de mayo de 2013 (REC 78/2012).

En esa misma línea, la STS de 16 de noviembre de 2012 (REC 236/2011), ponía de manifiesto que, lo que el Legislador pretende, es que el periodo de consulta se configure como una verdadera negociación colectiva en aras a conseguir un acuerdo ente empresa y trabajadores, que permita minimizar de alguna manera la medida extintiva desarrollándose esta, como no podía ser de otra manera, de buena fe.

Reciente sentencia (STS de 20 de junio de 2018 (REC 168/2017), reconoce que, la determinación de la buena o mala fe en las negociaciones plantea dificultades de encaje en formulaciones generales, debiendo ser estudiado cada caso para determinar cuál ha sido el desarrollo específico de las mismas, a la vista de lo cual, podrá determinarse si cumplen o no con la buena fe exigida.

A pesar de la dificultad reconocida de planteamientos generales al respecto, la sentencia que comentamos hace referencia a la consolidada jurisprudencia en el sentido de que la carencia de buena fe está ligada a la ausencia de un verdadero periodo de consultas, por lo que la mala fe ha de excluirse cuando se cumplen los deberes de información, se producen numerosas reuniones y hay variación sobre las posturas iniciales de la empresa, y, por el contrario, ha de apreciarse la falta de buena fe cuando se da la doble circunstancia de la falta de información a la representación de los trabajadores y el mantenimiento a ultranza de la posición empresarial desde el inicio.

¹³ FEDERICO DURÁN (2014: 138)

La Sala entiende en la STS de 24 de septiembre de 2015 (REC 41/2015) que *“no cabe apreciar falta de buena fe negocial por el hecho de que la empresa instara la declaración de concurso después de adoptar la decisión extintiva tras seguir periodo de consultas que finalizó sin acuerdo. En concreto, entiende la Sala de instancia que ha quedado acreditada tanto la causa productiva (pérdida inminente del cliente principal), como la económica (disminución persistente en el nivel de ventas). Siendo ello así, ningún efecto puede tener la ulterior petición de declaración de concurso sobre las negociaciones del periodo de consultas, ya que, en todo caso, lo que revela tal solicitud es la gravedad de la situación en la que la empresa se encontraba al abundar en la misma línea. Como señala el Ministerio Fiscal, no existe relación entre la negociación y la ulterior pretensión de declaración de concurso, máxime cuando no hubo acuerdo alguno respecto del cual pudieran verse defraudadas las expectativas de cumplimiento.”*

La STS de 21 de Mayo de 2014 (REC 249/2013) la traemos a colación, aunque califica los despidos como “no ajustados a derecho” y no nulos, porque tiene su interés, puesto que, invocadas por la parte empresarial causas organizativas, y con independencia del mayor o menor acierto en la concreción de las encomiendas que podían permitir el mantenimiento de determinados puestos de trabajo, la empresa ha procedido a incorporar nuevos trabajadores a la plantilla durante el año 2012, lo que difícilmente permitía justificar la necesidad de amortizar puestos de trabajo, por lo que *“las nuevas contrataciones resultan contradictorias con el despido y hace incoherente la alegada necesidad de extinción de contratos de trabajo que, por la amplitud con la que se propone por la empresa, abarca de manera genérica y transversal a la plantilla”*, declarando la Sala la calificación del despido como “no ajustado a derecho”

V.3. Nulidad relacionada con la elección de los trabajadores despedidos

El artículo 51.2 ET dispone que el escrito comunicando la apertura del periodo de consultas debe consignar, entre otros extremos, el número y clasificación profesional de los trabajadores afectados por el despido, de los empleados habitualmente en el último año y los criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados por los despidos.

Como cuestión previa, debemos indicar que, el RDL 3/2012 mantiene como único colectivo con prioridad de permanencia en caso de despido colectivo a los representantes legales de los trabajadores, y, además, añade la posibilidad de establecer, mediante convenio colectivo o acuerdo alcanzado durante el periodo de consultas, prioridades de permanencia a favor de otros colectivos¹⁴. En la elección de los trabajadores debe prevalecer el principio de igualdad de trato, de oportunidades y de no discriminación en el empleo que es reconocido por normas internacionales, comunitarias e internas. Así destaca el art. 26 del Convenio núm. 111 de la OIT¹ que define la discriminación como *“cualquier distinción, exclusión o preferencia, basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen racial que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación”*. Asimismo, el principio de igualdad de trato y no discriminación

¹⁴ GUTIÉRREZ COLOMINAS (2013: 5)

en el empleo encuentra reflejo en los Convenios núm. 122 OIT 2, núm. 156 y OIT 3, núm. 181 OIT¹⁵

La sentencia STS de 25 de septiembre de 2018 (REC 43/2018) realiza un detallado estudio de la Doctrina de la Sala, referido a la ausencia o insuficiencia de los criterios de designación de los trabajadores despedidos y su incidencia en la calificación del despido, y así señala:

A) Valoración finalista de las exigencias documentales: Se refiere No todo incumplimiento de las obligaciones de carácter documental conlleva la nulidad de la decisión extintiva, sino tan sólo aquél que sea trascendente a los efectos de una negociación adecuadamente informada en.

B) Valoración conjunta de la información: La STS de 18 febrero de 2014 (REC 74/2013) subraya que para valorar el cumplimiento de esa exigencia ha de analizarse en su conjunto la información proporcionada. (plantilla de la empresa, actitud de los trabajadores en el periodo de consulta, etc.)

C) Insuficiencia del listado de trabajadores: La STS de 25 de mayo de 2014 (REC 276/2013) indica que no basta con aportar listado de trabajadores afectados, sino que exige los criterios de selección (art. 21.2 ET).

D) Criterios genéricos: La STS de 17 de julio de 2014 (REC 32/2014) también descarta la nulidad del despido porque, aunque los criterios de selección fueron expresados de una forma inadecuadamente genérica, la indicación fue acompañada de la relación nominal de afectados, y que en el curso de las reuniones hubo negociación sobre la elección de los afectados.

E) Negociación a partir de criterios genéricos: La STS de 20 octubre de 2015 (REC 181/2014) descarta nulidad puesto que, aunque al principio de la negociación *“pueden aparecer como un tanto genéricos y abstractos, si bien resulta justificado en el hecho de que se trata de fijar unos criterios objetivos y generales que, posteriormente, se procede a concretar’ a través de la negociación.*

D) Examen de la posibilidad de negociar: La STS de 24 de marzo de 2015 (REC 217/2014) *“explica que aún aceptando que la documentación referida no se hubiera aportado por la empresa en su integridad o con el detalle suficiente en el momento inicial del periodo de consultas, la mera circunstancia de que no se hubiera aportado de forma completa al inicio del periodo no vicia por sí solo el procedimiento de despido colectivo a no ser, como regla, que por la trascendencia de la misma o por el momento de su aportación dificultara o impidiera una adecuada negociación de buena fe en aras a que el periodo de consultas cumpla con su finalidad”.*”

I) La genericidad de los criterios no equivale a su ausencia: La STS de 26 de marzo de 2014 (REC 158/2013) sostiene la inexistencia de la causa de nulidad con base a la irregularidad e insuficiencia de criterios en la designación de los trabajadores afectados, *“pues lo que exige la norma es la aportación de los criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados, y solo la ausencia de tal aportación de criterios daría lugar a la nulidad del despido.”*

J) Actitud de los negociadores frente a los criterios proporcionados: La STS de 17 de julio de 2014 (REC 32/2014). *“Debe existir una elemental coherencia entre los planteamientos del citado periodo deliberativo y la fase judicial, no resultando acorde al comportamiento por buena fe exigible que en el periodo de consultas ninguna objeción se hubiese efectuado a los genéricos*

¹⁵ PORQUET CATALÁ (2015: 243-257)

critérios de selección que se habían proporcionado y luego se reclame -siguiendo el posterior informe de la Inspección de Trabajo- que la empresa «no especificó cómo y de qué forma se habían valorado dichos criterios» y que «no se plasmaron por escrito, no se objetivaron trabajador por trabajador» y que ello «impide, alcanzar los objetivos básicos del periodo de consultas.»

La STS de 08 de Noviembre de 2017 (REC 134/2017) considera en el caso que estudia que los criterios de selección de los trabajadores afectados son válidos y adecuados y no *“pueden considerarse tan abstractos o genéricos como para dar lugar a su nulidad, puestos que están referidos a datos objetivos de: conexión con el puesto de trabajo, por proximidad funcional o geográfica; especialización y polivalencia; adecuación del perfil y posibilidad de cambio a otra unidad de la compañía, o ratios de productividad de cada empleado; de tal manera que pueden ser conocidos, valorados y discutidos por los trabajadores afectados a la hora de hacer valer sus cualidades personales en cada uno de tales aspectos.”* Afirmando, en consecuencia, que cumplen de esta forma el parámetro de legalidad que se desprende de la doctrina jurisprudencial de la Sala.

Interesante es la sentencia del STS de 20 de Julio de 2018 (REC 2708/2016) que determina el grado de concreción exigible al empresario en los criterios de selección de los afectados por un despido colectivo, en el supuesto en el que, como consecuencia del mismo, se extinga el contrato de trabajo de una trabajadora embarazada, cuyo estado es conocido por el empresario, y que se califica de nulo por la Sala, porque, argumenta, de los genéricos criterios consignados no resulta dato alguno que permita concluir la necesidad de amortizar el concreto puesto de trabajo de la actora, haciéndose alusión a las nuevas responsabilidades de acuerdo con la nueva estructura necesaria en la fábrica, sin que se contenga referencia alguna al personal que presta servicios en las oficinas centrales del grupo, que es donde presta servicios la actora. Hace referencia la sentencia a la especial protección de la actora embarazada de acuerdo con el derecho a la no discriminación por razón de sexo, proclamada en el artículo 14 de la Constitución.

En la STS de 25 de marzo de 2015 (REC 295/2014) se estudia la denuncia interpuesta por parte de los trabajadores que fueron despedidos, de la vulneración del artículo 14 de la Constitución Española, garante de la igualdad ante la Ley y de la no discriminación, entre otros principios, por razón de nacionalidad, alegando estos, en síntesis, ser superior el porcentaje de trabajadores españoles despedidos.

La Sala en su exposición, hace referencia a la reiterada jurisprudencia del TC que se resume en que, el principio de igualdad, *“no sólo exige que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada, sino también que supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida.”*

Desestimando esa pretensión la Sala en aplicación al caso controvertido de la transcrita doctrina, *“si se advierte, en primer lugar y como pone de manifiesto el preceptivo informe del Ministerio Fiscal, que del inalterable relato fáctico de la sentencia recurrida no cabe hablar de una supuesta discriminación que afectara al artículo 14 de la CE; en segundo lugar, por el mismo razonamiento por el que la Sala de instancia descarta la existencia de discriminación, cual es, la no acreditación de que la empresa tenga la obligación de guardar proporcionalidad en cuanto al porcentaje de nacionales de uno y otro Estado a despedir.”*

V.4. Nulidad relaciona con la efectividad de la negociación

Como hemos indicado anteriormente, el artículo 51 g) ET, establece que, la autoridad laboral velará por la efectividad del periodo de consultas. Esta efectividad tiene mucho que ver con la buena fe de la negociación que, como ya dijimos, comporta que, aunque no sea obligatorio alcanzar un resultado, se hace necesario ofertar y contraofertar entre las partes, lo que se acreditará con una negociación efectiva que si no se realiza traerá como consecuencia la calificación del despido como nulo (SAN de 25 de noviembre de 2014 (REC 157/2014).

Es bastante clarificadora la STSJ Galicia de 08 de Mayo de 2015 (REC 150/2015), que, aunque se refiere a un conflicto colectivo, dado la similitud de la negociación con la llevada a cabo en el despido colectivo la podemos traer a colación, por cuanto define, con claridad, la nulidad del periodo de consulta como consecuencia de la falta de efectividad en la negociación que se produce, cuando se demuestra que la empresa nunca ha tenido intención de llevarlo a buen fin, o incluso, que dicho periodo ha estado vacío de contenido, es decir, que se ha convocado exclusivamente para cumplir formalmente el trámite, afirmando que, *“una cosa es que no sea imprescindible alcanzar un acuerdo con los representantes de los trabajadores durante el periodo de consultas para llevar a cabo las extinciones colectivas pretendidas por la empresa, y otra muy distinta que no haga falta ni intentarlo. La ley no obliga a alcanzar un acuerdo en el periodo de consultas, pero sí a negociar”*.

Cabe destacar a este respecto, que la STS de 21 de mayo de 2014 (REC 249/2013) establece que, la invariable posición de la empresa y la no consecución de un acuerdo, por sí solo *“no puede afectar a la calificación de la actitud de la empresa durante el periodo de consultas.”*

Se apreciaba *“inamovilidad contumaz”* en la STS de 20 marzo de 2013 (REC 81/2012), porque allí se daba la doble circunstancia de la falta de información a la representación de los trabajadores y el mantenimiento a ultranza de la posición empresarial desde el inicio, por lo que *“cabía negar que se hubiera desarrollado un verdadero periodo de consultas y no tanto porque no se moviesen la posiciones empresariales en el curso de las tres reuniones, sino porque a lo anterior se une también el dato significativo de la referida desinformación de los representantes de los trabajadores y la constancia inicial y final inamovible de extinguir desde el principio y sin información relevante la totalidad de los contratos de trabajo”*.

VI. Despido individual. La nulidad por fraude de ley.

En primer lugar, es necesario señalar que la principal diferenciación entre despido objetivo individual o colectivo es meramente cuantitativa, en función del periodo de tiempo en que se producen los ceses, así como también del número de trabajadores afectados. Esa diferencia cuantitativa, que se refiere al número de trabajadores despedidos en el plazo temporal de 90 días, número que va en función de plantilla de la empresa, es de capital importancia, pues, la superación del número de trabajadores estipulados legalmente supone la aplicación de la normativa del despido colectivo: periodo de consultas con los

representantes de los trabajadores, comunicación a la autoridad laboral, informe de la Inspección de Trabajo, etc.

La ley tiene en cuenta esta problemática y previene la utilización fraudulenta del despido individual, de tal manera que el artículo 51.1c) ET en su último párrafo establece que, *“cuando en periodos sucesivos de noventa días y con el objeto de eludir las previsiones contenidas en este artículo, la empresa realice extinciones de contratos al amparo de lo dispuesto en el artículo 52.c) (despido individual) 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.”*

Esta situación, que señala el artículo mencionado, es lo que ha venido en llamarse despidos objetivos en fraude de ley, puesto que el empresario para evitarse el procedimiento y los controles que establece el apartado 2 del artículo indicado, efectúa el despido objetivo como individual, cuando correspondería el procedimiento del colectivo, mucho más engorroso y garantista.

Al respecto, es aclaratoria la STS de 14 de marzo de 2017 (REC 2019/2015) que dice: *“De lo razonado se desprende que aquellas extinciones contractuales llevadas a cabo por el empresario sin seguir los trámites del artículo 51 ET, cuando éstos resultaban ineludibles por aplicación del referido precepto, deben ser calificadas como nulas con las consecuencias inherentes a tal declaración. Esa es la conclusión acorde con la doctrina tradicional de la Sala aplicada, incluso, con la redacción actual de los preceptos citados como evidencia nuestra STS de 18 de noviembre de 2014 (REC 65/2014), en la que frente a la alegación de que aunque los despidos fueran computables para determinar la necesidad de seguir los trámites del despido colectivo, la consecuencia de la omisión de los mismos no acarrearía la nulidad de los despidos declarados improcedentes porque no sería posible entender la presencia del fraude de ley, nuestra doctrina señaló que tal argumentación no podía prosperar “porque la razón de la nulidad acordada por la sentencia recurrida no se encuentra en el fraude de ley sino en el artículo 124.11 de la LRJS y en las sentencias de esta Sala de 3 y 8 de julio de 2012 (Rcud. 1675/11 y 2341/11), cual muestran los dos últimos párrafos del fundamento de derecho cuarto de la sentencia recurrida y el penúltimo del fundamento de derecho quinto. Es cierto que la sentencia habla de fraude de ley, pero, no lo es menos, que la 'ratio decidendi' de la nulidad radica en el art. 124-11 de la LRJS, norma que sanciona con la nulidad la decisión extintiva 'cuando no se haya respetado el procedimiento establecido...', lo que ha sido reiterado por esta Sala”.*

Vamos a entrar en la aclaración de diversas cuestiones litigiosas.

VI.1. La nulidad relacionada con el plazo computable para determinar el número de trabajadores afectados

La cuestión que se plantea consiste en determinar los límites entre el despido colectivo y el individual objetivo y, más concretamente, como debe computarse el periodo de noventa días que fija el art. 51-1 ET para determinar el número de despidos objetivos que dan lugar a la calificación de los mismos como colectivos. Hay que resaltar que dicho artículo del ET está en relación

con los 3.1 y 6.4 CC¹⁶. Estamos, por lo tanto, ante una norma antifraude que evita la aplicación de una medida menos gravosa para la empresa, utilizando de forma irregular el despido objetivo individual.

Debemos tener presente que el último párrafo del artículo 51-1 E.T. muestra que el fraude de ley y la consiguiente nulidad sólo afectan a las nuevas extinciones, esto es a las posteriores a la impugnada, porque el fraude sólo puede alcanzar a las decisiones extintivas tomadas después y con las que se supera el límite legal, pero no a las tomadas inicialmente, cuando la empresa ignoraba las decisiones futuras.

Muy aclaratoria es la STS de 23 de abril de 2012 (REC 2724/2011) que nos sitúa en la cuestión a resolver, o sea, de cómo se debe computar el periodo de noventa días que establece el artículo 51.1 del ET para delimitar lo que llama despido colectivo y obligar a la tramitación del expediente correspondiente, dado que el precepto citado no establece como debe hacerse ese cómputo: si hacia atrás, esto es mirando a lo acaecido en el periodo de tiempo anterior; si mirando al futuro, esto es iniciando el cómputo el día de la extinción hacia adelante o si cabe el cómputo simultáneo hacia el pasado y hacia el futuro, siempre que se computen noventa días y que todas las extinciones contractuales, sobre todo las controvertidas, queden dentro de ese periodo o si finalmente, deben computarse los noventa días anteriores al despido y los posteriores.

Para entrar en la solución primero nos sitúa en el “dies ad quem” para el cómputo de los noventa días, y no indica que debe ser aquél en el que se acuerda la extinción contractual, por ser el día en el que se superan los límites que condicionan la existencia del despido colectivo, afirmando a continuación: *“Apoya esta solución el hecho de que el futuro no se conoce y de que es muy difícil que el legislador de 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.”*

A partir de esta aseveración y teniendo en cuenta que se trata de periodos “sucesivos de noventa días” (art. 55.1 ET último párrafo), *“no cabe computo 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”*. Es importante señalar que, por lo tanto, con carácter general, 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, y, digo que es importante por lo que a continuación aclara esta sentencia.

Entrando la sentencia en la aplicación de la doctrina que indicamos, al caso controvertido, esto es, el haber realizado la empresa días después otras doce extinciones contractuales cuyo cómputo haría superar los límites que

¹⁶ Art. 3.1 CC: Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas.

Art. 6.4 CC: Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir.

determinan la existencia de despido colectivo, pero, cual se dijo antes, por seguridad jurídica no cabe el cómputo de ceses posteriores al cuestionado, salvo en supuestos de obrar fraudulento, lo que se produce en el presente caso, puesto que el empresario conociendo que podía superar los límites que le obligaban a realizar el despido colectivo, pospuso para dos días después el despido de unos trabajadores, dando lugar, según la sentencia, a un obrar fraudulento contrario al anteriormente mencionado artículo 6.4 de CC, puesto que el proceder empresarial demuestra que la decisión de efectuar todos los despido *“se tomó simultáneamente y que su ejecución se espació en el tiempo para evitar los trámites de los despidos colectivos, proceder que no puede impedir la aplicación de la norma que se trató de eludir.”*

Otra cuestión litigiosa que ha generado bastante debate es, la referida a cuál debe ser la unidad de referencia, si la empresa en su conjunto o el centro de trabajo, para determinar la superación de los umbrales previstos legalmente para diferenciar un despido colectivo del individual, asunto que es abordado por la sala de lo social en pleno del Tribunal Supremo, (STS de 17 de octubre de 2009 (REC 36/2016)).

En la interpretación que hace esta sentencia del art. 51.1º ET ha tenido capital importancia la Directiva 98/59 y su interpretación por el TJUE¹⁷, puesto que el ET, en el artículo mencionado, hace se referencia a la empresa y no al centro de trabajo, como unidad para determinar la superación de los umbrales previstos legalmente que permitan diferenciar un despido colectivo del individual, puesto que el TJUE en las sentencias que indicamos en la nota al pie, declara que, *“es contraria a la Directiva 98/59, una normativa nacional que introduce como única unidad de referencia la empresa y no el centro de trabajo, cuando la aplicación de dicho criterio tiene como consecuencia obstaculizar el procedimiento de información y consulta establecido en la Directiva, de modo que, de haberse utilizado como unidad de referencia el centro de trabajo los despidos habrían debido calificarse de despido colectivo.”*

Argumenta la Sala que, a pesar de que el artículo 51 ET se habla de empresa, el artículo 1.5º ET establece que, *“A efectos de esta ley se considera centro de trabajo la unidad productiva con organización específica, que sea dada de alta, como tal, ante la autoridad laboral”,* lo que coincide con la Directiva 98/59, llevándole a afirmar que todo ello *“permite interpretar el precepto 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”,* añadiendo finalmente que, *“otra distinta interpretación daría lugar a un desigual, injustificado e irrazonable tratamiento de los trabajadores de*

¹⁷ De acuerdo con lo dispuesto en el art. 1.1º de la Directiva 98/59/CE (Aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos), como establecen las Sentencia Supranacional Nº C-80/14, TJUE, 30-04-2015 (asunto «Wilson»), Sentencia Supranacional Nº C-182/13, TJUE, 13-05-2015 (asunto «Rabal Cañas»), y en aplicación del principio de interpretación conforme de la norma interna al Derecho de la Unión, la unidad de cómputo para determinar la superación de los umbrales del apdo. 1º, Art. 51, ET que separan el despido colectivo del despido objetivo individual, debe ser el centro de trabajo que emplea a más de 20 trabajadores, en aquellos casos en los que los despidos que se producen en el centro de trabajo aisladamente considerado excedan tales umbrales; y debe ser la empresa, cuando se superen los umbrales tomando como unidad de referencia la totalidad de la misma.

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.”

Ahora bien, como señala la STS de 11 de Enero de 2017 (REC 2270/2015) *“el propio art. 51.1 ET , en su último párrafo, establece una norma antifraude encaminada a evitar la burla de la regla general y que, aunque aplicable únicamente, en principio, a las nuevas extinciones, esto es, a las producidas con posterioridad a las que se habrían visto afectadas por la norma general, y que la empresa acuerde 'en períodos sucesivos de 90 días y con el objeto de eludir las previsiones contenidas' en el mencionado precepto y en número inferior a los umbrales legales, sin que concurren causas nuevas que justifiquen tal actuación, también podría llegar a determinar la declaración de nulidad del despido cuando se aprecien datos o simples indicios que permitan, conforme a reglas lógicas, apreciar la existencia de fraude.”*

La STS de 14 de Julio de 2017 (REC 74/2017) , tras analizar la SSTJUE de 30 de abril de 2015 (C-80/2014, asunto “Wilson”), y las dos de 13 de mayo de 2015 (C-392/13 , asunto “Rabal Cañas” y C-182/13 , asunto “Lyttle”), ratifica y completa el criterio establecido en la STS de 18 de marzo de 2009 (REC 1878/2008), en el sentido de que deben calificarse como despido colectivo y respetar por consiguiente el régimen legal aplicable en esta materia, tanto las situaciones en las que las extinciones de contratos computables superen los umbrales del art. 51.1º ET tomando la totalidad de la empresa como unidad de referencia, como aquellas otras en las que se excedan esos mismos umbrales afectando a un único centro de trabajo que emplee habitualmente a más de 20 trabajadores.

VI.2. La nulidad relacionada con el computo de los trabajadores afectados.

En el estudio de este apartado debemos distinguir cuáles son esas extinciones de contratos ajenas a la voluntad de trabajador y, en consecuencia, producidas a iniciativa del empresario, distintas de las derivadas de la expiración del contrato por finalización del tiempo convenido o por la realización de la obra o servicio objeto del contrato¹⁸, que se deben tener en cuenta para determinar si en el periodo computable, de noventa días, se han sobrepasado los límites cuantitativos que señala la Ley, para que deje de ser considerado el despido como individual y pasar a la categoría de colectivo, de acuerdo con lo que dispone el penúltimo párrafo del estudiado artículo 51-1 del ET¹⁹, lo que traerá, como consecuencia, la calificación de dicho despido como nulo, por haberse realizado en claro fraude le ley.

¹⁸ Artículo 49-1-c) del ET: El contrato de trabajo se extinguirá: Por expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato.

¹⁹ Para el cómputo del número de extinciones de contratos a que se refiere el párrafo primero de este apartado, 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 49.1.c), siempre que su número sea, al menos, de cinco.

Debemos entender que, en los ceses por motivos inherentes a la persona del trabajador, que no deben tenerse en cuenta para ser incluidos en el cómputo del despido colectivo, confluyen diversas circunstancias relacionadas, por un lado, con *“la propia y directa voluntad del trabajador”* y, por otro, por los que *“aun no debiéndose a su voluntad, derivan de causas vinculadas con su persona”*, así, se consideran incluidas en estos casos, las extinciones debidas a dimisión o abandono del trabajador, jubilación, incapacidad o muerte. Debemos incluir también las extinciones con mutuo acuerdo, aunque hay que hacer una precisión respecto a los despidos disciplinarios en los que se produzca acuerdo entre las partes para extinguir la relación laboral, pues, en estos casos se consideran motivos no inherentes al trabajador. No se tienen en cuenta, en cambio, para el cómputo, las causas relacionadas en los apartados a), b) y d) del Art. 52 ET que regula los despidos objetivos, porque, aunque la decisión se toma por la parte empresarial, se considera por la jurisprudencia que las causas están basadas en la capacidad del trabajador, puesto que tienen su justificación en su ineptitud, en su falta de adaptación al puesto de trabajo y, también, en su falta de asistencia al trabajo aun justificadas. Por último, parece evidente la exclusión de los ceses en periodo de prueba, pues, si este está configurado como un tiempo de valoración que hace el empresario del trabajador, su cese debe imputarse a este por la facultad que la ley y lo convenios confieren al empresario para prescindir de sus servicios si considera que no es el adecuado para el puesto.²⁰

La STS de 25 de noviembre de 2013 (REC 52/2013) determina claramente que *“tanto los despidos disciplinarios en los que se reconoció la improcedencia en transacciones judiciales o extrajudiciales, como los despidos objetivos en los que se firmaron finiquitos aceptando el efecto extintivo mediante acuerdos también de naturaleza transaccional, no se convierten en extinciones por mutuo acuerdo o en dimisiones, al margen de la intervención del empleador. Por el contrario, siguen siendo despidos, es decir, extinciones adoptadas 'a iniciativa del empresario' y que se producen además '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 vinculada al interés empresarial, ni puede imputarse a la conducta personal del trabajador un despido disciplinario que se reconoce como improcedente”*; y, todo ello, porque *“la transacción no altera la naturaleza del acto del despido, pues solo actúa poniendo fin al pleito provocado por esa decisión empresarial.”*

En la STS de 18 de noviembre de 2014 (REC 65/2014), se computan los despidos declarados improcedentes por acuerdo de las partes o decisión judicial. Esta sentencia además aclara que la carga de la prueba de los despidos producidos en ese periodo, a fin de acreditar si procede o no su cómputo, es de la empresa, conforme a los números 3 y 7 del artículo 217 de la L.E.C ..

La STS de 28 de febrero de 2018 (REC 999/2016), refiriéndose a la falta de llamamiento de trabajadores fijos discontinuos, en el caso de que estos superen los límites del artículo 51 ET, especifica que constituyen despido colectivo y la tramitación como tal no puede excluirse por pacto colectivo al tratarse de *“previsión de derecho necesario”*. También sobre el mismo tema de los trabajadores discontinuos la STS de 27 de Septiembre de 2018 (REC 3855/2016) determina que, aunque la causa de falta de llamamiento y

²⁰ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN-MERCADER UGUINA (2015: 4)

consecuente superación de los umbrales del artículo 51 ET, se produzca como consecuencia de un acuerdo de fin de huelga en el que se pactó que los trabajadores afectados por la falta de llamamiento interpondrían demanda de despido que sería conciliada como despido improcedente indemnizado, es necesario seguir el trámite de despido colectivo cuando además “*concurra un sustrato de causas de índole económica, organizativa y productiva en las decisiones extintivas.*” Se trata de una exigencia legal que no puede ser obviada por pacto o acuerdo colectivo, ni siquiera por pacto fin de huelga. Debiendo ser el despido calificado como nulo (SSTS de 10 de mayo de 2017 (Rec. 1623/2016, 1246/2016 y 1247/2016) y de 28 de febrero de 2018 (Rcud 999/2016).

En relación con los contratos temporales que han finalizado dentro de los reiterados umbrales de artículo 51 ET, la STS de 22 de Diciembre de 2016 (REC 10/2016), señala que solo serían computables si hubieran sido declarados como despido improcedente o lo que es lo mismo que hubieran sido realizados en fraude de ley, aclarando también que las extinciones debidas a la expiración del tiempo convenido o a la realización de la obra o servicio objeto del contrato no se computan a los efectos de los parámetros de delimitación del despido colectivo, norma coherente con la Directiva 98/59 que excluye del cómputo los contratos celebrados por una duración o para una tarea determinada, salvo si esos despidos tienen lugar antes de la finalización o del cumplimiento de sus contratos. También serían computable, la falsa alegación del vencimiento del término en un contrato que no es temporal (STS de 18 de noviembre de 2014 (REC 65/2014).

VII. Trabajadores incluido en ERE.

Vamos a entrar ahora a estudiar la calificación que da la Jurisprudencia al despido objetivo de trabajadores acordado por una empresa, durante el periodo de tiempo en que esta tiene autorizado un ERE de suspensión de contratos de trabajo, por causas económicas y productivas, de esos mismos trabajadores.

Comentaremos lo que opina al respecto la Sala de lo Social del TS en sentencia de 12 de marzo de 2014 (REC 673/2013).

La situación planteada se refiere a una empresa que tiene autorizado un ERE ampliado, con acuerdo, por causas económicas y productivas que afectaba a 13 trabajadores de la plantilla, incluido el que presentó la demanda que en casación resuelve el TS.

Pues bien, hallándose suspendido el contrato de trabajo del demandante, en virtud del ERE, le fue notificada al mismo, en base a lo dispuesto en el artículo 52 c) del Estatuto de los Trabajadores, la decisión empresarial de rescindir su contrato de trabajo, por causas objetivas, derivadas de razones económicas y productivas, alegando la empresa, en la carta de despido entregada al trabajador que, a pesar del ERE y de su ampliación, la situación tanto económica como productiva resultaba manifiestamente inviable, concretando la situación financiera y contable que reflejaba, tanto un resultado contable de importantes pérdidas, como una continuada disminución de la cifra de negocio en los últimos años. Situación que no había sufrido variación respecto a la alegada para la negociación del ERE

La Sala razona que, aunque es factible que durante una situación de suspensión de la relación contractual por causas económicas y productivas del artículo 45.1.j) ET una empresa pueda tomar una decisión extintiva por razones objetivas con respecto al trabajador cuya relación contractual se halla suspendida, amparándose en las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, a que hace referencia el artículo 51 ET por remisión del artículo 52 c) del propio texto estatutario, ello exigirá, que concurra al menos una de estas dos condiciones: *“o bien la concurrencia de una causa distinta y sobrevenida de la invocada y tenida en cuenta para la suspensión, o tratándose de la misma causa, un cambio sustancial y relevante con referencia a las circunstancias que motivaron se autorizara dicha suspensión”*

Pues bien, la sala argumenta que, no ha variado la situación económica de la empresa, (*“no ha empeorado, pero, tampoco ha mejorado”*), desde que se produjo la autorización del ERE, por lo tanto, las causas económicas son las mismas y tampoco se ha producido *“un cambio sustancial y relevante de las circunstancias sobre las que se fundamentó la autorización de suspensión”*.

Pero, continúa la Sala, hay que tener en cuenta que la aprobación del ERE se tomó por acuerdo entre la empresa y los representantes legales de los trabajadores refrendado por la totalidad de la plantilla y que, *“En su consecuencia, la decisión extintiva tomada por la empresa dentro del período de suspensión de los contratos de trabajo, sin causa suficiente, implica, a juicio de la Sala, el ejercicio de un derecho de forma contraria a la buena fe, quebrantando la confianza suscitada en los trabajadores afectados por los propios actos de la empresa, e incurriendo en un abuso de derecho, todo lo que ha de conducir, en aplicación de los artículos 53 del Estatuto de los Trabajadores y 122 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, en relación con el artículo 7.1 y 2 del Código Civil, como en casos análogos de fraude de ley, ha establecido la Sala, a la declaración de nulidad del despido producido.”*

VIII. Conclusiones

Podemos afirmar, sin alejarnos un ápice de la realidad, que la reforma legislativa llevada a cabo en los años 2012 y 2013 ha sido la mayor que ha sufrido tanto, el despido colectivo, como el objetivo individual, ya sea desde el punto de vista de las causas como en el procedimiento necesario para su realización, afectando también esta reforma al control jurisdiccional de la medida.

El objetivo del legislador siempre ha tenido como meta la de concretar la actuación en el procedimiento, de empresarios y trabajadores y, lo que es más importante, impedir, a los tribunales, la discrecionalidad en el juicio de la medida tomada, acotando su actuación más a discernir de la legalidad de las cuestiones formales e informativas que la reforma exige para que se pueda llevar a cabo los despidos, que a cuestiones relacionadas con la estrictamente empresariales que, como parece lógico, corresponden al ámbito de la empresa y no de los tribunales.

En el estudio que antecede, hemos hechos referencia a la jurisprudencia relacionada con la nulidad del despido que establece el artículo 124 LRJS, a continuación, en estas conclusiones, vamos a hacer referencia a la doctrina del TS referida a las distintas causas de nulidad que comentamos.

En relación con el despido colectivo, en primer lugar, la nulidad afecta a la falta de realización del periodo de consulta entre el empresario y la RLT con carácter general, destacando, por su interés, que el TS califica de despido colectivo nulo la negativa a la subrogación de los trabajadores por parte de la empresa que tiene obligación a ello.

En cuanto a la nulidad ocasionada por la falta de alguna documentación en el periodo de consulta la doctrina de la Sala de lo Social establece que la nulidad no la trae consigo cualquier omisión documental, sino que esta debe tener la suficiente entidad para afectar de tal manera a la negociación quede desvirtuada y no se pueda conseguir sus objetivos. Si el empresario omite alguna documentación debe demostrar su irrelevancia y, si los trabajadores solicitan alguna complementaria, debe ser siempre dentro de los plazos legales y acreditando que es necesaria para conseguir los objetivos de la negociación.

El TS, cuando se refiere a la exigencia legal de buena fe en la negociación, hace referencia a una consolidada jurisprudencia al respecto, pues, como apuntamos en el capítulo que hemos dedicado a estudiar la buena o mala fe en la negociación, la falta de una definición clara de la buena fe en la legislación ha obligado al Alto Tribunal a trazar jurisprudencialmente las líneas que definen lo que se entiende por tal.

Dentro esas líneas, tratándose de una buena fe negocial, determina que para que esta exista se impone como mínimo, que la negociación se lleva a cabo mediante un verdadero cambio de opiniones e intercambio de documentación, entre empresa y RLT, por lo que sí, lo que realmente se produce es una mera actuación sin auténtico contenido, manteniendo la parte empresarial a ultranza su posicionamiento inicial y evitando esta la entrega a la RLT de documentación valiosa para el análisis de la verdadera situación económica de la empresa en ese momento, se habla, claramente, de carencia de buena fe en la negociación.

Cuando el TS entra a valorar la posibilidad de existencia de nulidad del despido, respecto a los criterios para la elección de los trabajadores despedidos indica que las que las insuficiencias documentales han de evaluarse con un criterio finalista y atendiendo al conjunto de la documentación aportada. Que no es suficiente un simple listado, sino que debe incorporarse los criterios de selección, aunque su carácter genérico o abstracto no equivale a su ausencia y por otra lado la buena fe exige que la RLT negocie los mismos sin limitarse a cuestionar su insuficiencia, debiendo por otro lado, valorarse además de la aportación de estos por la empresa sino también su aceptación a negociarlos, indicando, por último, que solo la ausencia de tal aportación de criterios da lugar a la nulidad del despido.

Otra de las causas de nulidad del despido se refiere a la efectividad de la negociación, que según la doctrina del TS tiene mucho que ver con la buena fe de la negociación, por lo que, aunque no sea obligatorio alcanzar un resultado se hace necesario ofertar y contraofertar entre las partes, lo que se acreditará con una negociación efectiva que si no se realiza traerá como consecuencia la calificación del despido como nulo.

Vamos a ver ahora la doctrina jurisprudencial del TS referida al despido objetivo individual.

En primer lugar, estudiamos la nulidad relacionada con el plazo computable para determinar el número de trabajadores afectados y a este respecto la doctrina del TS nos aclara que como regla general *“no cabe computo 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".

Considerando que el artículo 51 ET se habla de empresa, el TS hace una interpretación jurisprudencial al entrar en el estudio de otra cuestión litigiosa que ha generado bastante debate, como es, la referida a cuál debe ser la unidad de referencia, si la empresa en su conjunto o cada uno de los centros de trabajo de que la misma dispone, para determinar la superación de los umbrales previstos legalmente para diferenciar un despido colectivo del individual. Es este caso ha sido la Jurisprudencia del TJUE en su interpretación de la Directiva 98/59, la que ha hecho que, el TS, acoja como consolidada interpretación jurisprudencial que, para la superación de los umbrales indicados, no solo hay que tener en cuenta la totalidad de la empresa como tal, sino los que lo superen en cualquiera de los centros de trabajo, pertenecientes a la misma, que individualmente considerados tengan una plantilla superior a los 20 trabajadores.

Con respecto a la nulidad relacionada con el cómputo de los trabajadores afectados, el TS, incluye a efectos del cálculo tanto los despidos disciplinarios en los que se reconoció la improcedencia en transacciones judiciales o extrajudiciales, como los despidos objetivos en los que se firmaron finiquitos aceptando el efecto extintivo mediante acuerdos también de naturaleza transaccional, porque *"la transacción no altera la naturaleza del acto del despido, pues solo actúa poniendo fin al pleito provocado por esa decisión empresarial."* Se incluyen también los trabajadores discontinuos no llamados. En relación con los contratos temporales que han finalizado, señala solo serían computables si hubieran sido declarados despido improcedente o lo que es lo mismo que hubieran sido realizados en fraude de ley

Añadiendo, el TS, una cuestión de gran importancia, al indicar que la nulidad del artículo 124-11 LRJS afecta a todos los despidos acordados, incluso a los considerados improcedentes.

Por último, la doctrina del TS afirma que para que sea factible por parte de la empresa, acordar el despido objetivo, de alguno de los trabajadores que tienen el contrato suspendido a causa de un ERE, por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, este no puede realizarse, sin más, esgrimiendo la empresa, en su comunicación idénticas causas a las dieron lugar a la autorización del ERE, sino, que, muy al contrario, es necesario que se haya producido o haya concurrido, en la situación económicas, técnicas, organizativas o de producción de la empresa, una nueva circunstancia, en todo caso distinta de las que dieron lugar a la autorización del ERE, porque si se tratara de la misma, esta debe tratarse de tal importancia que afecte de forma sustancial y relevante a las circunstancias que permitieron ese ERE inicial.

Finalmente comentar, que este recorrido por la Jurisprudencia, nos ha permitido tener una idea bastante clara de los criterios que la sustenta, constituida, en general, por razonamientos asentados en múltiples sentencias, aunque, las modificaciones legislativas más recientes, fundamentalmente las llevadas a cabo entre los años 2010 y 2013, debido a su todavía corto camino jurisprudencial, nos deparará, no nos cabe duda, modificaciones que permitirán el asentamiento de la doctrina en los próximos años.

Fuentes:**Referencias normativas:**

Código Civil

- Art. 3.1
- Art. 6.4
- Art. 7.1
- Art. 7. 2
- Art. 1258

Constitución Española

- Art. 14

Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111)

- Arts. 1 y ss.

Convenio núm. 122 OIT 2, núm. 156, sobre la igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras: trabajadores con responsabilidades familiares

- Arts. 1 y ss.

Convenio OIT 3, núm. 181 sobre las agencias de empleo privadas.

- Arts. 1 y ss.

Decreto de 26 de enero de 1944 por el que se aprueba el texto refundido del Libro I de la Ley de Contrato de Trabajo. (BOE nº 55 de 24 de febrero de 1944).

- Art. 76-7ª

Decreto 3092/1.972 sobre Política de Empleo

- Arts. 7 y ss.

Directiva Unión Europea 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.

- Arts. 1 y ss.

Ley de Jurados Mixto de 27 de noviembre de 1931 (Gaceta de Madrid nº 326 de 22 de noviembre de 1931)

- Art. 46

Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales.

- Art. 18

Ley 11/1994, de 19 de mayo, por la que se modifican determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores, y del texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral y de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

Art. 9

Art. 10

Art. 11

Ley 63/1.997 de 26 de diciembre de Medidas Urgentes para la Mejora del Mercado de Trabajo y el Fomento de la Contratación Indefinida.

Art. 3

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil

Art. 217

Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo.

Art. 2

Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

Art. 122

Art. 123

Art. 124

Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

Art. 18

Orden de 18 de diciembre de 1972 por la que se regula el procedimiento de los expedientes de extinción, suspensión o modificación de la relación jurídico-laboral.

Art. 4 y ss.

Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo.

Art. 39 y ss.

Real Decreto 696/1980, de 14 de abril, para la aplicación del Estatuto de los Trabajadores a los expedientes de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y de suspensión y extinción de las relaciones de trabajo.

Art. 5

Art. 8

Art. 15

Real Decreto Ley 10/2.010 de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

Art. 18

Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral

Art. 18

Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento sobre procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada.

Art. 1 y ss.

Real Decreto Ley 11/2013, de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el ámbito económico y social.

Art. 9.4

Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores

Art. 1. 5º,

Art. 41

Art. 42

Art. 45

Art. 49

Art. 51

Art. 52

Art. 53

Art. 89

Referencias jurisprudenciales:

2009

STS de 18 de marzo de 2009 (REC 1878/2008)

STS de 17 de octubre de 2009 (REC 36/2016)

2011

STS de 30 de junio de 2011 (REC 173/2010)

2012

STS de 23 de abril de 2012 (REC 2724/2011)

STS de 16 de noviembre de 2012 (REC 236/2011)

SAN de 25 julio de 2012 (REC 90/2012)

SAN de 28 de septiembre de 2012 (REC 106/2012)

2013

STS de 20 marzo de 2013 (REC 81/2012)

STS de 27 de mayo de 2013 (REC 78/2012)

STS de 25 de noviembre de 2013 (REC 52/2013)

2014

STS de 18 febrero de 2014 (REC 74/2013)

STS de 12 de marzo de 2014 (REC 673/2013).

STS de 26 de marzo de 2014 (REC 158/2013)

STS de 21 de mayo de 2014 (REC 182/2013)

STS de 21 de mayo de 2014 (REC 249/2013)

STS de 25 de mayo de 2014 (REC 276/2013)

STS de 25 de junio de 2014 (REC 165/2013)

STS de 17 de julio de 2014 (REC 32/2014)
STS de 18 de noviembre de 2014 (REC 65/2014)
SAN de 11 de noviembre de 2014 (REC 251/2014)
SAN de 25 de noviembre de 2014 (REC 157/2014)

2015

SAN de 26 de octubre de 2015 (REC 232/2015)
SSTJUE de 30 de abril de 2015 (C-80/2014, asunto "Wilson")
SSTJUE de 13 de mayo de 2015 (C-392/13, asunto "Rabal Cañas")
SSTJUE de 13 de mayo de 2015 (C-182/13, asunto "Lyttle")
STS de 24 de marzo de 2015 (REC 217/2014)
STS de 25 de marzo de 2015 (REC 295/2014)
STS de 24 de septiembre de 2015 (REC 41/2015)
STS de 20 octubre de 2015 (REC 181/2014)
STSJ Galicia de 08 de mayo de 2015 (REC 150/2015)

2016

STS de 23 de noviembre de 2016 (REC 256/2015)
STS de 22 de diciembre de 2016 (REC 10/2016)

2017

SAN de 03 de febrero de 2017 (REC 331/2016)
SAN de 27 de octubre de 2017 (REC 182/2017)
STS de 11 de enero de 2017 (REC 2270/2015)
STS de 14 de marzo de 2017 (REC 2019/2015)
STS de 10 de mayo de 2017 (Rec. 1623/2016, 1246/2016 y 1247/2016).
STS de 14 de Julio de 2017 (REC 74/2017)
STS de 08 de noviembre de 2017 (REC 134/2017)

2018

STS de 17 de enero de 2018 (REC 171/2017)
STS de 28 de febrero de 2018 (REC 999/2016)
STS de 20 de junio de 2018 (REC 168/2017)
STS de 26 de junio de 2018 (REC 83/2017)
STS de 20 de Julio de 2018 (REC 2708/2016)
STS de 25 de septiembre de 2018 (REC 43/2018)
STS de 27 de septiembre de 2018 (REC 3855/2016)

Referencias doctrinales:

BORDÁS MARTIN, R. (2017) "La documentación pertinente en los despidos colectivos por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción". Lan harremanak: Revista de relaciones laborales, Nº 35, 2017 págs. 113-149.

(Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5801284>; fecha de la última consulta: 27-11-2018)

DURÁN LÓPEZ, F. (2014) "Exigencias formales y procedimentales para los despidos colectivos". Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Numero Extraordinario 2014. Pág. 138.

El País Negocios “*Raquitismo Empresarial Español*” publicado el domingo 21/01/12.

GÁRATE CASTRO, J. “*Lecturas sobre el régimen jurídico del contrato de trabajo*”. Netbiblo, A Coruña, 2012. Página 252.

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. MERCADER UGUINA, J.I. (2015) “*De nuevo sobre las extinciones que deben computarse en el despido colectivo y los plurales criterios del tribunal de justicia de la Unión Europea*”. Revista de Información Laboral num.12/2015. Lex Nova. Página 5. Disponible en: [http://www.graduadosocial.org/archivos/extinciones despido colectivo.pdf](http://www.graduadosocial.org/archivos/extinciones_despido_colectivo.pdf). Última consulta 09/12/2018.

GUTIÉRREZ COLOMINAS, D. “*La facultad empresarial de selección de trabajadores afectados por un despido colectivo. Especial consideración a la prioridad de permanencia de las personas con discapacidad*”. XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Comunicación presentada a la ponencia “Los derechos fundamentales inespecíficos en las relaciones colectivas de trabajo.” realizada por D. Ángel Blasco Pellicer. Disponible en: [https://ddd.uab.cat/pub/poncom/2014/154774/2.8 Gutierrez Colominas David.pdf](https://ddd.uab.cat/pub/poncom/2014/154774/2.8_Gutierrez_Colominas_David.pdf). Última consulta 09/12/2018.

MANEIRO VÁZQUEZ, Y. (2013). “*Despido en tiempos de crisis. balance de las últimas modificaciones españolas en los últimos tiempos*”. Dereito, Vol.22, nº. 2 págs. 83-95 (disponible en: <http://www.usc.es/es/servizos/publicacions/>; fecha de la última consulta 26-11-2018).

MARTÍN JIMÉNEZ, R., “*Despido por causas objetivas y expedientes de regulación de empleo, en el volumen*”. La reforma laboral de 2010, Thomson-Aranzadi (Navarra, 2010), p. 555.

MONTOYA MELGAR, A. “*Comentario a la reforma laboral de 2012*”. CivitasThomson-Reuters, Madrid, 2012. Página 10.

POQUET CATALÀ, R. (2016A) “*Selección de trabajadores afectados por despido colectivo y discriminación por razón de edad. Comentario a la STSJ Andalucía, de 23 de febrero de 2015*”. Proc. núm. 32/2014, Temas Laborales núm. 131/2015. Págs. 243-257. Disponible en: <https://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl/carlportal-portlets/documentos?nombre=41dba027-6d60-47f5-a192-c3589d8536ce.pdf>. Última consulta 09/12/2018.

POQUET CATALÀ, R. (2016B) “*La interpretación judicial del deber de negociar de buena fe*”. IUSLabor. 1-2016. Página 3. (Disponible en <https://www.upf.edu/documents/3885005/3891271/Poquet.pdf/7f87cce7-39a7-48be-8b10-a926fb4a5047>). Última consulta 09/12/2018.

SEMPERE NAVARRO, A.V. *“La contratación temporal y el Estatuto de los Trabajadores: cuestiones generales”*. Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. N.º 58/2006. Página 156