

MEMENTO EXPERTO

FRANCIS LEFEBVRE



Despidos colectivos

La visión de los Tribunales

Actualizado a 8 de octubre de 2013

Memento Experto Despidos Colectivos
es una obra colectiva realizada por
iniciativa y bajo la coordinación de
Ediciones Francis Lefebvre

Autores:

Ricardo Bodas Magistrado (Presidente de la Sala Social de la Audiencia Nacional)
Emilio Palomo (Magistrado de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia
del País Vasco)

© EDICIONES FRANCIS LEFEBVRE, S. A.
Monasterios de Suso y Yuso, 34. 28049 Madrid. Teléfono: (91) 210 80 00. Fax: (91) 210 80 01
www.efl.es
Precio: 36,40 € (IVA incluido)
ISBN: 978-84-15911-21-0
Depósito legal: M-28752-2013
Impreso en España
por Printing'94
Puerto Rico, 3. 28016 Madrid

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.



Plan general

	<u>nº marginal</u>
Capítulo I. Elementos definitorios del despido colectivo	200
Capítulo II. Causas justificativas del despido colectivo	1050
Capítulo III. Procedimiento del despido colectivo	2050
Capítulo IV. Acciones impugnatorias en el ámbito del despido colectivo	4050
Anexos	6000

Abreviaturas

AAPP:	Administraciones Públicas
Admón:	Administración
AN:	Audiencia Nacional
art.:	artículo/s
BOE:	Boletín Oficial del Estado
CC:	Código Civil
CCAA:	Comunidades Autónomas
CE:	Comunidad Europea
Ce:	Corrección de errores
Circ:	Circular
CCol:	Convenio Colectivo
Const:	Constitución Española
cont-adm:	contencioso-administrativo
CP:	Código Penal
D:	Decreto
DG:	Dirección General
DGITSS:	Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social
DGTr:	Dirección General de Trabajo
Dir:	Directiva
disp.adic.:	disposición adicional
disp.derog.:	disposición derogatoria
disp.final:	disposición final
disp.trans.:	disposición transitoria
DL:	Decreto Ley
DLeg:	Decreto Legislativo
DNI:	Documento Nacional de Identidad
DOCE:	Diario Oficial de las Comunidades Europeas
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
EDJ:	El Derecho Jurisprudencia
ET:	Estatuto de los Trabajadores (RDLeg 1/1995)
ETT:	Empresas de Trabajo Temporal
FOGASA:	Fondo de Garantía Salarial
INEM:	Instituto Nacional de Empleo, hoy SEPE
Instr:	Instrucción
INSS:	Instituto Nacional de la Seguridad Social
ITSS:	Inspección de Trabajo y Seguridad Social
JS:	Juzgado Social
L:	Ley
LA	Laudo arbitral
LCon:	Ley Concursal (L 22/2003)
LEC:	Ley de Enjuiciamiento Civil (L 1/2000)
LJCA:	Ley de Jurisdicción Contencioso-administrativa (L 29/1998)
LO:	Ley Orgánica
LOLS:	Ley Orgánica de Libertad Sindical (LO 11/1985)
LPL:	Ley de Procedimiento Laboral (RDLeg 2/1995)
LRJPAC:	Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (L 30/1992)
LRJS:	Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (L 36/2011)
LSC:	Texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (RDLeg 1/2010)

MESS:	Ministerio de Empleo y Seguridad Social
modif:	modificado/a
MTIN:	Ministerio de Trabajo e Inmigración
NIF:	Número de Identificación Fiscal
OIT:	Organización Internacional del Trabajo
OM:	Orden Ministerial
Proc:	Procedimiento
RD:	Real Decreto
RDL:	Real Decreto Ley
RDLeg:	Real Decreto Legislativo
Rec:	Recurso
Resol:	Resolución
Rg:	Registro
RGSS:	Régimen General de la Seguridad Social
Rgto:	Reglamento
SA:	Sociedad Anónima
SAL:	Sociedad Anónima Laboral
SEPE:	Servicio Público de Empleo Estatal (antes INEM)
SL:	Sociedad Laboral
SLL:	Sociedad Limitada Laboral
SMI:	Salario Mínimo Interprofesional
SNE:	Sistema Nacional de Empleo
SS:	Seguridad Social
Subsecr:	Subsecretaría
TCo:	Tribunal Constitucional
TGSS:	Tesorería General de la Seguridad Social
TJCE:	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TJUE:	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TR:	Texto refundido
TS:	Tribunal Supremo
TSJ:	Tribunal Superior de Justicia
UE:	Unión Europea
unif doctrina:	Unificación de doctrina

CAPÍTULO I

Elementos definatorios del despido colectivo

ÍNDICE

200

A.	Elemento cuantitativo-temporal.....	470
1.	Factor numérico.....	670
a.	Extinciones computables «per se».....	750
b.	Extinciones computables por asimilación.....	770
2.	Factor dimensional.....	935
3.	Factor espacial.....	950
4.	Factor temporal.....	958
a.	Periodo inicial de 90 días.....	960
b.	Periodos sucesivos de 90 días.....	970
5.	Factor relacional.....	985
B.	Elemento causal.....	988

Las empresas de **más de 5 trabajadores** que no estando sujetas a concurso de acreedores pretendan proceder a la extinción de contratos de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (ETOP), cuentan con dos instrumentos jurídicos, el despido colectivo y el despido individual o plural siguiendo el cauce del despido objetivo (ET art.49.1 i) y l), 51 y 52 c), bien entendido que **no pueden utilizar** indistintamente uno u otro mecanismo, a su libre albedrío, debiendo acudir a aquél que corresponda en función del número de trabajadores afectados por el cese.

205

Precisiones Las empresas inscritas en el RGSS con una plantilla inferior a 6 trabajadores, cuyo número a finales del año 2012 ascendía a 921.804, empleando a un total de 1.823.700 trabajadores, tienen que utilizar necesariamente la vía del despido objetivo económico, mientras que las que tienen entre 6 y 9 trabajadores, que en esa misma fecha eran 104.044 y ocupaban 774.300 trabajadores, deben recurrir a la modalidad del despido colectivo únicamente cuando tengan la intención de extinguir los vínculos laborales de toda la plantilla de la empresa por cese total de su actividad; en otro caso deben recurrir al ET art.52 c). Fuente: Boletín de Estadísticas Laborales del MESS, actualizado a 16-7-13.

Los **rasgos diferenciales** del régimen jurídico del despido colectivo y el propio del despido por causas objetivas son, básicamente, la necesidad de observar unos trámites previos a la adopción de la decisión extintiva, consistentes en la consulta y negociación con los representantes del personal y en la comunicación a la autoridad laboral, a modo de garantías suplementarias motivadas por la existencia de un número significativo de trabajadores concernidos por la medida (TSJ P. Vasco 9-7-13, Proc 14/13), **formalidades** que no resultan exigibles cuando se trata de un despido objetivo, supuesto en que el empresario queda facultado para extinguir directamente el contrato, sin necesidad de agotar previamente esos trámites.

La reforma laboral de 2012, implementada, primero, a través del RDL 3/2012, y, luego, mediante la L 3/2012 (que sustituyó a la norma de urgencia), completada por el reglamento de los procedimientos de regulación de empleo, aprobado por RD 1483/2012 (modificado por el RDL 11/2013), devolvió a las mencionadas figuras extintivas su natural posición de centralidad como instrumentos que el ordenamiento jurídico pone a disposición de las empresas que atraviesan **situaciones económicas negativas no irreversibles** para reducir sus plantillas y recortar los gastos de personal, o, aún no encontrándose en esas situaciones, para adecuar el volumen de su plantilla a los escenarios cambiantes de la demanda formulada por los consumidores de sus productos y/o por los usuarios de los servicios que prestan, o a las

220

innovaciones tecnológicas u organizativas que acuerdan introducir, así como para cesar a todos sus empleados en supuestos de inviabilidad sobrevenida del proyecto empresarial, por cualquiera de las razones expresadas.

[Precisiones] Posición preeminente que las susodichas instituciones, –cuya configuración como mecanismos duales de despido económico [utilizamos esta expresión en un sentido amplio comprensivo de los despidos por causas estrictamente económicas y de los producidos por razones técnicas, organizativas o productivas] fue el resultado de la reforma operada en el ET art.51 y 52 c) por la L 11/1994–, no habían llegado a ocupar en ningún momento por la confluencia de un conjunto de factores interrelacionados, causante de un generalizado y creciente fenómeno de huida de la institución del despido económico, hacía otras soluciones extintivas implementadas para supuestos diferentes, y mucho más costosas, pero que ofrecían mayor seguridad y rapidez a los empresarios, y, singularmente, en la última década, hacía el llamado «**despido exprés**» [este mecanismo, regulado en el ET art.56.2, en la redacción anterior a la reforma de 2012, facultaba al empresario, en el supuesto más frecuente en la práctica de que le correspondiese la opción prevista en el ET art.56.1, para reconocer unilateralmente la improcedencia del despido en el mismo acto de su comunicación, o en el período que mediaba hasta el acto de conciliación procesal, sin necesidad de esperar a la impugnación del trabajador y sin precisar del concurso de su voluntad, siempre que le ofreciese la indemnización por despido improcedente prevista en el ET art.56.1, o, de estar vinculado con un contrato para el fomento de la contratación indefinida, en la L 12/2001 disp.adic.1ª, y se la abonase en el mismo acto del despido, o en un momento posterior, o la depositase en el Juzgado de lo Social a su disposición, poniéndolo en su conocimiento. Esta **indemnización** era **muy superior** a la prevista para los despidos por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, pero permitía al empresario liberarse, total o parcialmente, de la obligación de pagar los **salarios de tramitación** que le podía acarrear una sentencia desfavorable en caso de que el trabajador cuestionase su despido, así como evitar los costes del proceso), buscando evitar las dificultades generadas por el régimen jurídico de aquella institución, y su aplicación por los tribunales, singularmente los del orden social, al conocer de los despidos objetivos por circunstancias atinentes a la empresa, lo que en un entorno de grave y prolongada crisis económica y financiera como la que venimos padeciendo desde el año 2008, resultaba especialmente llamativo y disfuncional.

- 250** Son varias las medidas que, en un contexto de agravamiento de la crisis y de deterioro progresivo del empleo, tomó en el año 2012 el legislador para posibilitar que la institución del despido económico desempeñe el papel protagonista que le corresponde en las situaciones de reestructuración empresarial, actualmente en claro apogeo, especialmente de las debidas a causas de índole económica y productiva. La más importante, en lo que al despido colectivo se refiere, ha sido, sin duda, la **supresión del requisito de la autorización administrativa previa**, con el consiguiente reforzamiento de la posición del empresario en el desarrollo del período de consultas, al no depender ya la validez de la medida de la aprobación de la Administración de Trabajo, y fortalecimiento de su poder de decisión, pues, una vez concluido el período de consultas, con o sin acuerdo, puede proceder a extinguir los contratos de trabajo, de manera unilateral, sin necesidad de contar con la aquiescencia de la autoridad laboral ni de los representantes de los trabajadores.
- 270** Sin embargo, esta constatación no puede llevar a desconocer los efectos favorables que, en orden a la utilización de las dos modalidades de despido económico, derivan de la muy notable **flexibilización** que **del elemento causal** efectuó la reforma laboral de 2012, con la finalidad de eliminar los elementos de incertidumbre y complejidad presentes en la anterior definición legal de las causas. A ello se unió, la ampliación y clarificación de uno de los casos típicos de causa económica y la introducción de un nuevo supuesto característico de causa organizativa. Tampoco hay que olvidar la trascendencia que tuvo el reconocimiento a las **Administraciones Públicas** de la facultad que les asiste para utilizar ese mecanismo de flexibilidad externa, así como el establecimiento, en ese mismo ámbito, de una regulación propia y diferenciada en determinados puntos. No fueron de menor envergadura, los dispositivos exógenos que acompañaron este paquete de medidas internas, como la retirada del mecanismo del «despido exprés».

Precisiones Este abanico de medidas, de amplio espectro, representó el **mayor ajuste regulatorio** llevado a cabo en la institución del despido económico desde el año 1994, y supuso un cambio radical en el marco que lo ordena y, por ende, en el escenario en el que se mueven los distintos sujetos involucrados en una extinción de dimensión colectiva, empezando por los empleadores, sean del sector público o privado, y por los trabajadores afectados y sus representantes, y siguiendo por la Administración Laboral y los jueces y tribunales del orden social.

Respecto de los **jueces y tribunales del orden social**, es de notar que, como reverso del novedoso diseño del despido económico, más favorable a los intereses empresariales, la asunción por los tribunales laborales del control jurisdiccional de las **acciones impugnatorias** promovidas por los trabajadores concernidos por el despido colectivo, y/o por sus representantes, aún posterior a la adopción de la decisión empresarial (a diferencia de lo que sucede en las extinciones colectivas concursales en las que los jueces mercantiles ejercen un control previo), y la introducción de una **modalidad procesal específica** para la tramitación de las acciones colectivas de impugnación del despido colectivo, cuyo conocimiento en la instancia se atribuyó a las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia y a la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, ofrece mayores garantías a los despedidos, tanto desde la perspectiva de la celeridad y alcance de la intervención judicial, y de las mayores posibilidades de defensa en el seno del proceso laboral, como de la mayor especialización y sensibilidad hacia estos temas de los órganos de la jurisdicción social.

En definitiva, la reforma de 2012 abrió paso a una **mayor judicialización** y a una intervención judicial más intensa sobre los despidos colectivos, tanto en el plano formal –regularidad del procedimiento– como en el de fondo –control de las causas–. Los hechos han venido a corroborar esta tesis. **Hasta la fecha de cierre de esta obra** los órganos colegiados de instancia han dictado 141 sentencias en litigios sustanciados por el cauce de la LRJS art.124, en relación a decisiones extintivas fundadas en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. De ellas 5 (TSJ Cantabria 26-9-12, Proc 2/12 –**recurrida en casación**–; TSJ Extremadura 25-10-12, Proc 4/12; TSJ Murcia 21-12-12, Proc 1/12; AN 6-3-13, Proc 24/13; TSJ Valladolid 2-5-13, Proc 1/13. Esta última, a diferencia de las precedentes, declara no ajustada a derecho); lo han sido en **procedimientos entablados por los propios empresarios**, y el resto en procedimientos promovidos por los representantes legales o sindicales de los trabajadores.

De estas últimas, 32 emanan de la **Sala de lo Social del AN**:

Audiencia Nacional
25-6-12, Proc 94/12; 4-7-12, Proc 104/12 – recurrida en casación –; 25-7-12, Proc 109/12; 26-7-12, Proc 124/12; 27-7-12, Proc 127/12; 14-9-12, Proc 136/12; 28-9-12, Proc 152/12; 15-10-12, Proc 162/12; 16-11-12, Proc 250/12; 21-11-12, Proc 167/12; 30-11-12, Proc 264/12; 18-12-12, Proc 257/12; 14-2-13, Proc 345/12; 25-2-13, Proc 324/12; 11-3-13, Proc 10/13; 11-3-13, Proc 381/12; 20-3-13, Proc 219/12; 27-3-13, Proc 74/13; 4-4-13, Proc 66/13; 16-4-13, Proc 368/12; 22-4-13, Proc 72/13; 26-4-13, Proc 29/13; 13-5-13, Proc 89/13; 20-5-13, Proc 108/13; 4-6-13, Proc 1/13; 10-6-13, Proc 112/13; 12-6-13, Proc 143/13; 4-7-13, Proc 169/13; 8-7-13, Proc 180/13; 11-7-13, Proc 181/13; 15-7-13, Proc 200/13; 30-7-13, Proc 212/13; 4-9-13, Proc 240/13.

290

350

360

365 Y 105 de las Salas de lo Social de los TSJ.

Precisiones Estas son:

TSJ	
Andalucía (Sevilla):	11-10-12, Proc 4/12; 13-2-13, Proc 3/12; 7-3-13, Proc 16/12; de esa misma fecha, las recaídas en los Proc 17/12, 19/12, 20/12, 23/12 y 26/12, a las que se suman las de 14-3-13, Proc 18/12 y 21-3-13 (dos), Proc. 24/12 y 27/12, que se contabilizan como una sola al referirse a diferentes Consorcios de unidades territoriales de empleo y desarrollo local y tecnológico, con identidad temática y el mismo pronunciamiento); 20-3-13 Proc 11/12; 23-5-13, Proc 29 y 30/12.
Andalucía (Granada):	29-11-12, Proc 8/12. Además, 12-2-13, Proc 11/12; 20-2-13, Proc 10/12; 21-2-13 (4) Proc 12/12, 14/12, 15/12 y 19/12; y 27-2-13 (6), Proc 13/12, 16/12, 20/12, 21/12, 23/12 y 24/12), que se computan igualmente como una sola por la misma razón que se acaba de exponer.
Andalucía (Málaga):	25-10-12, Proc 4/12; 23-5-13, Proc 4/13.
Aragón:	10-12-12, Rollo 527/12; 18-12-12, Rollo 526/12; 14-1-13, Rollo 715/12; 11-6-13, Rollo 209/13.
Asturias:	19-4-13, Proc 19/13; 7-6-13, Proc 21/13; 5-7-13, Proc 31/13; de esa misma fecha hay otra sentencia dictada en el Proc 32/13 que no se computa de forma separada aplicando el criterio anteriormente expuesto; 5-7-13, Proc 33/13.
C.Valenciana:	18-10-12, Proc, 15/12; 14-12-12, Proc 14/12; 28-12-12, Proc 11/12; 12-3-13, Proc 5/13; 3-4-13, Proc 3/13; 23-4-13, Proc 4/13; 27-6-13, Proc 24/13.
Canarias (Las Palmas):	19-12-12, Proc 17/12; 19-12-12, Proc 21/12 (recurrida en casación); 26-2-13, Proc 18/12; 10-7-13, Proc 24/12.
Castilla-La Mancha:	19-12-12, Proc 9/12; 28-1-13, Proc 18/12; 1-2-13, Proc 11/12; 16-4-13, Proc 19/12; 16-7-13, Proc 6/13.
Castilla-León (Burgos):	29-11-12, Proc 3/12 (recurrida en casación); 4-2-13, Proc 1/12; 4-7-13, Proc 3/13.
Castilla-León (Valladolid):	17-4-13, Proc 4/13; 23-5-13, Proc 6/13 (estas dos últimas se contabilizan como una sola por los motivos expuestos anteriormente); 27-5-13, Proc 8/13 y 28-5-13, Proc 9/13; 13-6-13, Proc 10/13; 23-7-13, Proc 11/13.
Cataluña:	23-5-12, Proc 10/12; 13-6-12, Proc 11/12; 26-6-12, Proc 8/12; 18-7-12, Proc 17/12; 15-10-12, Proc 32/12; 25-10-12, Proc 33/12; 22-11-12, Proc 23/12; 17-12-12, Proc 48/12; 19-12-12, Proc 36/12; 4-2-13, Proc 52/12; 21-5-13, Proc 9/13; 3-6-13, Proc 5/13; 19-6-13, Proc 10/13.
Extremadura:	3-5-13, Proc 2/13.
Galicia:	6-7-12, Proc 12/12 (confirmada por STS 27-5-13, Rec 78/12); 19-7-12, Proc 8/12; 29-10-12, Proc 14/12 (recurrida en casación); 21-11-12, Proc 22/12 (recurrida en casación); 13-12-12, Proc 34/12 (recurrida en casación); 21-3-13, Proc 30/12; 2-5-13, Proc 10/13; 7-5-13, Proc 3/13; 15-7-13, Proc 16/13.
Madrid:	30-5-12, Proc 17/12 (confirmada por STS 20-3-13, Rec 81/12); 11-6-12, Proc 22/12; 22-6-12, Proc 19/12; 22-6-12, Proc 20/12; 25-6-12, Proc 21/12; 11-7-12, Proc 32/12; 14-9-12, Proc 45/12; 7-11-12, Proc 60/12; 8-11-12, Proc 37/12; 12-11-12, Proc 47/12; 4-12-12, Proc 52/12; 7-12-12, Proc 26/12; 17-12-12, Proc 58/12; 8-1-13, Proc 73/12 (recurrida en casación); 22-2-13, Proc 2/13; 8-4-13, Proc 66/12; 9-4-13, Proc 18/13; 16-4-13, Proc 85/12; 10-6-13, Proc 6/13; 13-6-13, Proc 31/13; 14-6-13, Proc 1398/13; 28-6-13, Proc 1210/13; 1-7-13, Proc 1202/13; 22-7-13, Proc 1276/13.
Murcia:	9-7-12, Proc 3/12 (recurrida en casación); 17-1-13, Proc 6/12; 10-6-13, Proc 1/13; 17-7-13, Proc 7/13.
País Vasco:	4-9-12, Proc 6/12 (recurrida en casación); 25-9-12, Proc 12/12; 9-10-12, Proc 13/12 (recurrida en casación); 11-12-12, Proc 19/12; 18-12-12, Proc 24/12; 26-3-13, Proc 7/13; 26-3-13, Proc 31/12; 4-4-13, Proc 2/13; 16-4-13, Proc 3/13; 4-6-13, Proc 9/13; 9-7-13, Proc 14/13.

Por otra parte, el sometimiento de los despidos colectivos, y de los despidos objetivos económicos a una **misma jurisdicción**, solución ya anticipada por la LRJS, tiene indudables efectos beneficiosos, fácilmente perceptibles, empezando por la posibilidad de establecer criterios uniformes y armónicos para las dos modalidades extintivas.

370

El concepto de despido colectivo se construye a partir de **dos elementos independientes**, claramente enunciados en el ET 51.1.1^o, que se traducen en lo siguiente:

400

a) Desde una dimensión cuantitativo-temporal, en que en un periodo de referencia que el precepto sitúa en 90 días, la extinción afecte a un determinado número de trabajadores en función del tamaño de la plantilla de la empresa (n^o 470 s.);

b) Desde una perspectiva causal, en que la decisión extintiva esté basada en razones ligadas al funcionamiento de la empresa (n^o 988 s.).

Estos presupuestos coinciden, en abstracto, con los que están presentes en la definición que facilita la Dir 98/59 art.1.1.a), relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos, en tanto tilda de colectivo el despido efectuado por motivos no inherentes a la persona de los trabajadores, siempre que concurren ciertos requisitos de índole cuantitativo/temporal.

420

Precisiones 1) El ámbito material de **regulación de la Directiva** se contrae al aspecto procedimental, esto es, a los trámites que, sin limitar su capacidad decisoria, ha de cumplimentar necesariamente un empresario que proyecta realizar un despido colectivo, quedando fuera del mismo los aspectos sustantivos (causas y efectos) y procesales. Por tanto, la Directiva sólo garantiza una armonización parcial de las normas de protección de los trabajadores en caso de despidos colectivos, y su designio principal se reduce a lograr que éstos vayan precedidos de la consulta a los representantes de los trabajadores y de la información a la autoridad pública competente). No obstante, los elementos interpretativos que suministra no se reducen al procedimiento para la adopción de la decisión extintiva empresarial, sino que alcanzan también, y de manera muy relevante, a la vertiente conceptual, en la medida que contiene una **noción de «despido colectivo»** que ha servido de referencia para su establecimiento a nivel interno.

2) Tanto la norma comunitaria como la interna contemplan, además, un **aspecto de carácter formal**, consistente en el sometimiento de la decisión empresarial a un procedimiento reglado, pero sin configurarlo como un elemento constitutivo, equiparable a los señalados como esenciales. Y ello, en la medida que su incumplimiento, total o parcial, no impide apreciar la figura del despido colectivo, cuya existencia no depende de que se hayan respetado o no las formalidades previstas, sin perjuicio de que **su inobservancia** pueda dar lugar a la declaración de nulidad de la medida [LRJS art.124.11.4^o modif RDL 11/2013 art.11.1].

No obstante, la descripción que del contenido de los dos componentes esenciales de la noción de despido colectivo ofrecen ambos ordenamientos difiere, y de manera significativa, en varios puntos importantes, lo que, en general, no provoca situaciones de concurrencia conflictiva, habida cuenta, por una parte, que la Directiva Comunitaria se autodefine como una norma mínima de protección de los trabajadores, y faculta a los Estados miembros para que mantengan o adopten disposiciones de las que se derive un mayor grado de tutela para aquellos (la Directiva no afecta a la facultad de los Estados miembros de aplicar o de introducir disposiciones legales, reglamentarias o administrativas más favorables para los trabajadores o de permitir o de fomentar la aplicación de disposiciones convencionales más favorables para los trabajadores), y, por otra, que las previsiones de la norma española garantizan, tanto en su consideración conjunta, como en la mayoría de los temas, un superior nivel de defensa de los asalariados. Tal constatación no excluye la presencia de algunas **«zonas de fricción»**, o de contradicción, como las manifestadas con ocasión de la interpretación de los conceptos comunitarios de centro de trabajo y de despido, a efectos de la aplicación de la Directiva, que se abordan más adelante.

450

A. Elemento cuantitativo-temporal

470 Tanto en la normativa comunitaria como en la nacional este elemento permite distinguir el despido colectivo de otras decisiones extintivas adoptadas unilateralmente por el empresario que, aun encontrando fundamento en las mismas razones que conforman el elemento causal de aquél, no alcanzan, en un período de tiempo predeterminado, los estándares cuantitativos requeridos al efecto.

En particular, este componente sirve para trazar la línea que separa el despido colectivo del despido objetivo económico (ET art.52 c), delimitación que resulta básica e indispensable toda vez que de ella depende el procedimiento que han de seguir los empleadores que ocupan **más de 5 trabajadores** para implementar el cese de su personal por circunstancias ligadas al funcionamiento de la empresa, y, el error de elección, de ser el despido colectivo el relegado, conlleva la nulidad de la decisión (así se establece en la LRJS art.124.11.4º y en la LRJS art.124.13.a).2º –modif RDL 11/2013 art.11.1– en relación con la LRJS art.122.2.b), en referencia al supuesto más frecuente en la práctica de que el empresario siga erróneamente el cauce del ET art.52 c), en lugar de la vía del ET art.51 modif RDL 11/2013 art.9.4), aparte de integrar el tipo de infracción muy grave (RDLeg 5/2000 art.11.7) (En la medida en que tal preterición entraña una transgresión de los derechos de información, audiencia y consulta de los representantes de los trabajadores y de los delegados sindicales, en los términos en que legal o convencionalmente estuvieren establecidos). En la hipótesis contraria, es decir, si el empresario utiliza indebidamente el procedimiento de despido colectivo, en lugar de acogerse a los trámites del despido objetivo, el ordenamiento jurídico-laboral no prevé una solución clara y evidente.

Precisiones Con anterioridad a la reforma laboral de 2012, es decir, bajo el régimen de autorización administrativa previa del despido colectivo, si el número de afectados era inferior al fijado en el ET art.51.1 y la Administración Laboral no advertía ese defecto, se consideraba que la resolución que autorizaba la extinción de los contratos estaba viciada de nulidad de pleno derecho al faltar uno de los presupuestos necesarios para la incoación del expediente de regulación de empleo (TSJ cont-adm Madrid 25-3-03, Rec 216/99; TSJ cont-adm Madrid 25-7-12, Rec 665/10, que resulta ilustrativa sobre las razones que pueden animar a la empresa a seguir, conscientemente, una vía inadecuada). En el régimen actual, y a la vista de la remisión que efectúa el ET art.51.4, una primera aproximación podría llevar a pensar que dado que la notificación individualizada del despido colectivo a los trabajadores afectados ha de reunir las mismas formalidades exigidas por el ET art.53.1 para proceder al despido objetivo, la decisión colectiva, y los despidos individuales acordados en su ejecución, no podrían invalidarse por el hecho de que se hubiese seguido innecesariamente el procedimiento de despido colectivo, máxime si se tiene en cuenta que su tramitación conlleva mayores garantías y, eventualmente, mayores ventajas para los implicados. En tal sentido, la TSJ P. Vasco 9-7-13, Proc 14/13) considera que la falta de previsión legal de efectos jurídicos sobre la calificación del despido por el hecho de que el empresario tramite como despido colectivo uno que no lo es, no constituye un olvido de regulación, sino mera consecuencia de la voluntad legislativa de no querer que tenga incidencia en la calificación del despido. A la misma conclusión llega otro tribunal para el que la utilización indebida del cauce del despido colectivo en vez de acudir a despidos individuales no comporta desde luego la calificación de nulidad que pretende, reservada para el caso de no seguirse aquel siendo exigible, no a la inversa, y ni siquiera la improcedencia (TSJ Valladolid 27-5-13, Proc 8/13). No obstante, esta solución no deja de presentar inconvenientes, especialmente cuando ha existido acuerdo en el período de consultas.

500 Respecto del elemento cuantitativo temporal es posible distinguir una regla general y una regla especial.

525 Regla general (ET art.51.1.1º) Con carácter general, para que un despido merezca la consideración de colectivo, es necesario que, en un **período de 90 días**, afecte, sea de manera simultánea o sucesiva, al siguiente número de trabajadores, en relación a la plantilla de la empresa, y no a la del concreto centro o centros de trabajo concernidos por la medida:

- más de 9, si el número total de trabajadores de la empresa oscila entre 10 y 99;

- al menos un 10% de la plantilla de la empresa, si ésta emplea entre 100 y 300 trabajadores;
- más de 29, si el censo laboral de la empresa excede de 300 trabajadores.

La superación de estos umbrales numéricos o porcentuales, siempre que, además, esté presente el **elemento causal** (nº 988 s.), conduce a estimar concurrente, por imperativo legal, un interés colectivo, que trasciende el individual de los trabajadores directamente involucrados, en atención al cual **se exige al empresario** que, antes de adoptar la decisión extintiva, cumpla determinadas obligaciones de información, consulta y negociación con los representantes del personal, y se atribuye a la Administración laboral ciertas funciones en el marco del procedimiento de despido colectivo. De no alcanzarse esos umbrales, la decisión extintiva debe instrumentarse por el cauce del despido objetivo (ET art.52.c).

530

Regla especial [ET art.51.1.4º] Cuando la extinción contractual fundada en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción afecta a toda la plantilla de la empresa, con cierre de la misma por **cese de actividad** (se equipara a este supuesto aquél en que la empresa continúa su actividad pero únicamente con los trabajadores autónomos que prestaban servicios al momento de acordarse la extinción de los últimos contratos de trabajo –TSJ C.Valenciana 17-5-11, Rec 3288/10–. Por el contrario, la regla especial **no se aplica** cuando la empresa tiene abiertos varios centros de trabajo y la decisión de cierre sólo alcanza a parte de ellos, permaneciendo abiertos los restantes –TSJ Madrid 20-2-12, Rec 5257/11; TSJ Madrid 8-11-10, Rec 4235/10; TSJ Rioja 30-11-04, Rec 315/04–), y el número de trabajadores concernidos sea superior a 5, se entiende que se produce un despido colectivo aunque no se alcancen los umbrales numéricos previstos en el párrafo primero. Esto supone que, salvo en el caso de empresas con 5 o menos trabajadores, el cierre de una empresa requiere someterse al procedimiento de despido colectivo.

550

Precisiones Determinada doctrina de duplicación sostiene que el término «afectados» debe entenderse referido a los trabajadores despedidos por razones empresariales, no pudiendo hacerse extensiva a los cesados por otras causas distintas, como la finalización de los contratos de duración determinada, aunque su extinción coincida con el cierre de la empresa [TSJ Aragón 26-6-02, Rec 1184/01]. Pero esta doctrina debe tal vez matizarse a la vista del criterio fijado por el TS 8-7-12, Rec 2341/11. Por lo que respecta a la **carga de la prueba** del número de trabajadores afectados, se entiende que es al trabajador demandante a quien corresponde acreditar ese hecho constitutivo y quien ha de soportar su falta de prueba [TSJ Galicia 6-3-12, Rec 5322/11; TSJ Galicia 5-3-12, Rec 5146/11].

Para desvelar el verdadero alcance de esta regla especial conviene tener presente que la singular estipulación que establece sólo incide, en realidad, en las empresas que ocupan **entre 6 y 9 trabajadores**, pues en las que emplean 10 o más, el despido de la totalidad del personal por cese del negocio, resultaría colectivo en todo caso, no obstante no existir ese mandato específico, conforme al enunciado general del nº 525 (ET art.51.1.1º), por ser más de 9 los trabajadores concernidos.

570

Por lo demás, esta regla puede dar lugar a la aparición de **situaciones de fraude de ley**, alguna de las cuales se han recogido en los repertorios jurisprudenciales.

Precisiones Así, recibe la consideración de colectivo el despido de 8 de los 9 trabajadores que conformaban la plantilla de la empresa, fundado en el ET art.52 c), habida cuenta que el restante fue reconvertido en fijo discontinuo 19 días antes del preaviso, para ser llamado mes y medio más tarde, para atender un concreto pedido, por un único período de 19 días, tras el que la empresa mantuvo su inactividad, estimándose que el referido acuerdo novatorio no tenía más finalidad que la de conseguir que no se extinguieran la totalidad de los contratos de trabajo [TSJ Aragón 27-12-10, Rec 933/10]. Igual calificación se otorga al despido objetivo económico de 6 de los 7 empleados de la empresa teniendo en cuenta que ésta mantuvo su actividad con fines de liquidación y que el cese del restante se produjo 28 días más tarde a través de un despido disciplinario cuya improcedencia fue reconocida por el empresario [TSJ P. Vasco 14-9-10, Rec 1497/10]. Por el contrario, y con criterio cuestionable, **no se aprecia** fraude de ley en un supuesto en el que la empresa despidió a 5 de los 6 trabajadores a su servicio, sin que en el mes natural siguiente a su cese realizase consumo eléctrico alguno, dándose la circunstancia de que el único operario que continuó en

plantilla, primo de la esposa de uno de los representantes de la mercantil, se encontraba de baja médica (TSJ Burgos 14-6-12, Rec 367/12). Tampoco se estima fraudulenta la actuación de la empresa que tras despedir a 9 de sus 10 trabajadores con base al ET art.52 c), prosiguió su actividad durante 4 meses y medio con un único empleado, finalmente cesado (TSJ Murcia 9-7-12, Rec 12/12).

- 590** La aplicación de la escala legal del nº 525 (ET art.51.1.1º), y de la disposición singular del nº 550 (ET art.51.1.4º), determina la posibilidad de que la **extinción de un número contratos de trabajo muy pequeño** permita alcanzar el nivel mínimo exigido por la Ley para que pueda apreciarse la existencia de un despido colectivo (como, además de en los casos de despido de 6 a 9 trabajadores por cese de la actividad empresarial, se observa, por ejemplo, en el supuesto enjuiciado en la TSJ cont-adm Madrid 26-3-12, Rec 115/10, en el que el despido colectivo afectaba a 10 trabajadores de una empresa que ocupaba entre 10 y 99 trabajadores), y que el **cese de un número elevado** de trabajadores en términos absolutos, pero no en proporción al volumen de empleo total de la empresa, conforme un despido objetivo plural (sucede así en el caso del que se ocupa la TS 18-3-09, Rec 1878/09, en el que los trabajadores concernidos por el despido fundado en el ET art.52 c) eran 27, pero el censo total de trabajadores de la empresa en el mes anterior a la decisión extintiva ascendía a 309), lo que pone de manifiesto que, salvo en el caso de las empresas de menos de 6 trabajadores, que quedan fuera del ámbito del despido colectivo, el dato que sirve como elemento delimitador de ambas figuras, es el relativo a la mayor o menor significación o trascendencia de los despidos proyectados en relación a la plantilla de la empresa, y explica que para referirse a ellas se utilice, en ocasiones, la expresión «**despidos mayores y menores**».

Precisiones En España, al menos en el actual ciclo de crisis económica, el despido colectivo es una herramienta utilizada, preferentemente, por las **empresas de mediano y gran tamaño**, siendo las pequeñas empresas las que, como pone de manifiesto la consulta de las bases jurisprudenciales, recurren de manera más habitual al despido objetivo económico, lo que no quiere decir que las primeras no sigan también ese conducto, y que las segundas no acometan despidos colectivos. Esta verificación lleva a una reflexión que, aunque evidente, es preciso hacer notar: cuanto **mayor es la dimensión** de la empresa mayor es la probabilidad de que reajuste su plantilla mediante el procedimiento del despido colectivo, y superior el nivel de protección de los trabajadores afectados, lo que no deja de resultar paradójico, ya que son los ocupados en pequeñas empresas los que se encuentran en una situación más débil frente a la pérdida del empleo.

- 610** Por su parte, la Dir 98/59 art.1 a), a los efectos de definir la **dimensión colectiva** del despido, deja libertad a los Estados miembros para que tomen en consideración uno de estos **criterios**:
- 1) considerar las extinciones producidas en un período de 30 días y aplicar una escala numérico-porcentual en función de la plantilla habitual del centro de trabajo (conforme a esta escala se considera despido colectivo el que afecta a más de 9 trabajadores si la plantilla habitual del centro de trabajo oscila entre 21 y 100 trabajadores; o al menos al 10% de dicha plantilla si es de 100 a 299 trabajadores; o a más de 29 trabajadores en los centros de trabajo que empleen habitualmente 300 trabajadores como mínimo); y,
 - 2) computar las extinciones producidas en un período de 90 días, supuesto en el que la nota de colectividad deriva de que el número de despedidos sea superior a 19, cualquiera que sea la plantilla habitual del centro de trabajo (estos umbrales constituyen disposiciones mínimas que los Estados miembros únicamente pueden derogar mediante disposiciones más favorables para los trabajadores –TJCE 18-1-07, Confédération Générale du Travail y otros, C-385/05–).
- 630** Conforme a lo anterior, podemos extraer **dos conclusiones** de carácter general. La inicial, parte de la consideración de que la norma española da una respuesta ecléctica a la disyuntiva ante la que le sitúa la Directiva, eligiendo la tabla proporcional de la primera alternativa – pero **rebajando** de 20 a 10 **el umbral** de trabajadores objeto del despido, y a 6 en el supuesto de cesación completa de la actividad empresarial –,

y decantándose, en el aspecto temporal, por la segunda opción concedida por la disposición comunitaria. De esta forma, al **triplicar la duración** del período de referencia usado para el cálculo del número de trabajadores despedidos y la aplicación de la escala, puede verse incrementado el número de extinciones computables, lo que, al igual que la rebaja del umbral, conlleva una ampliación respecto del concepto comunitario de despido colectivo, y por ende del campo de aplicación del procedimiento garantista que para él se prevé, lo que redundará en **beneficio de los trabajadores** susceptibles de ser despedidos y muy especialmente de los que prestan servicios en las empresas de menor tamaño, y permite afirmar que el legislador nacional ha hecho una transposición adecuada de la disposición comunitaria, que encuentra encaje en el principio de norma mínima, en tanto proclama su voluntad de «no afectar a la facultad de los Estados miembros de aplicar o de introducir disposiciones legales, reglamentarias o administrativas más favorables para los trabajadores (...)», y respetuosa de los valores que animan la Directiva.

La segunda conclusión que se desprende del cotejo de la normativa comunitaria e interna, es que, en ambas, el **elemento cuantitativo** del despido colectivo se configura a partir de un conjunto de variables diferenciadas, a saber: número de trabajadores afectados por la decisión extintiva (factor numérico); volumen total de plantilla disponible (factor dimensional); unidad de referencia para su cómputo (factor espacial); y, período en que tienen lugar las extinciones (factor temporal).

Además de estos parámetros, en la regulación española, y en la primera alternativa que ofrece la Directiva comunitaria, está presente un **factor relacional** que pone en conexión el número de trabajadores atañidos por la medida con el número total de trabajadores usado como término de comparación, y se expresa en un determinado número o porcentaje, vector que, al igual que los cuatro reseñados, analizamos en el nº 985.

650

1. Factor numérico

Hace referencia al **volumen numérico** de trabajadores –sólo se computan, lógicamente, los sujetos a relación laboral, con exclusión de los autónomos, TRADES o socios-trabajadores de cooperativas de trabajo asociado (TSJ Madrid 28-10-10, Rec 2537/10– que ha de resultar afectado por la medida extintiva para que el despido devenga colectivo.

Al respecto, conviene distinguir **dos situaciones** diferentes. En la primera, el número de empleados cuyo cese planea el empresario supera, por sí mismo, los umbrales legales, bien entendido que el dato que debe servir de parámetro a los efectos expresados, es el **número total de trabajadores a los que se proyecta despedir**, con independencia de los que finalmente lo sean, en cumplimiento de lo acordado en su caso con los **representantes del personal**, lo que en principio no puede tacharse de fraudulento (TSJ cont-adm Navarra 1-6-00, Rec 600/97; TSJ cont-adm Cataluña 12-4-05, Rec 633/99; TSJ cont-adm La Rioja 22-12-09, Rec 126/09). Distinto es el caso en el que la actuación de la empresa **se revela fraudulenta**, como sucede si dos años después sigue sin comunicar el despido a varios de los trabajadores definitivamente afectados por el ERE, sin cuyo cómputo no se habría alcanzado el umbral legal (TSJ cont-adm Cantabria 2-10-00, Rec 27/00), o si los negociadores habían predeterminedo previamente que el número de despedidos sería de tres, aunque se propuso formalmente trece, con la finalidad de canalizar las extinciones por la vía del despido colectivo (AN 29-5-13, Rec 104/13), por cuanto que el ET art.51.2.1º establece como contenido mínimo de las consultas con los citados representantes, la **evitación o reducción** de los despidos colectivos. Esta discordancia numérica se produce también cuando el empresario, no obstante no haber llegado a ese pacto, decide, finalmente, extinguir menos relaciones laborales de las inicialmente previstas (TSJ Galicia 23-5-13, Proc 10/13). Es de advertir que el número de trabajadores afectados por el despido colectivo es un **dato de mención obligatoria** en la comunicación

670

de la apertura del período de consultas (ET art.51.2 –modif RDL 11/2013 art.9º.4–; RD 1483/2012 art.3.1.b –modif RDL 11/2013 disp.final.4ª–).

- 690** Para hallar el número de trabajadores objeto del despido colectivo, **se han de computar todos** los comprendidos en la comunicación empresarial iniciadora del procedimiento, aunque estén vinculados a la empresa mediante contratos temporales, lo que en general no impide ni invalida la posibilidad de ser incluidos como afectados (TSJ cont-adm Madrid 28-6-11, Rec 193/10), salvo en **supuestos excepcionales**, en los que pese a figurar insertos en el expediente, no procederá su cómputo para verificar si el despido tiene carácter colectivo (en tal sentido se excluye del cómputo, a los fines expresados, a aquellos trabajadores temporales cuyo contrato estaba próximo a vencer al tiempo de inicio del ERE y llegaba a término en fecha anterior incluso a aquella en que previsiblemente iba a surtir efectos el despido colectivo –TSJ cont-adm Cataluña 30-7-01, Rec 3666/96; TSJ cont-adm C.Valenciana 30-4-02, Rec 1345/98, que invoca la figura del fraude de ley–. El interés del empresario en sujetarse indebidamente al procedimiento de despido colectivo, computando trabajadores temporales que no correspondía incluir, puede explicarse por su convencimiento de que el acuerdo con los representantes legales del personal resultaba factible en términos que le favorecían, y, bajo tal premisa, de que la vía colectiva le resultaba más ventajosa que la individual). Cuestión distinta pero de gran interés es la relativa a la no inclusión en el ERE de trabajadores con **contratos de duración determinada** cuya relación se extingue por cumplimiento del término durante la tramitación del expediente, siendo declarada indefinida en el procedimiento de impugnación de su cese; en tal caso se considera que su no afectación en el ERE no es causa de nulidad del despido (TSJ Valladolid 8-5-13, Rec 777/13; TSJ Valladolid 27-6-13, Rec 997/13).
- En el supuesto de que varias empresas integradas en un «**grupo de empresas laboral**», tengan la intención de proceder a la extinción de contratos de trabajo por motivos económicos, técnicos, organizativos o de producción, habrá que computar las extinciones que se van a llevar a cabo en todas ellas (TSJ País Vasco 9-12-10, Rec 2248/10).
- 700** Sin embargo, y con ello pasamos a la segunda situación, puede suceder que el empresario pretenda rescindir un número de contratos que, **por sí sólo, no supere el límite** máximo que puede efectuar por el cauce del despido objetivo individual (ET art.52 c), pero que ese tope se sobrepase una vez contabilizadas, como ordena el ET art.51.1.1º, las extinciones producidas, con base en las mismas causas, en los 90 días inmediatamente anteriores (excepcionalmente, cabe contabilizar también las posteriores, como se expondrá al examinar el factor temporal, ver nº 958 s.), y/o, cualesquiera otras producidas en el período de referencia por iniciativa del empresario en virtud de otros motivos no inherentes a la persona del trabajador distintos de la expiración del tiempo convenido o de la realización de la obra o servicio (ET art.49.1.c), siempre que su número sea, al menos, de 5 (ET art.51.1.5º), lo que determinará que en tal caso para llevar a cabo las nuevas extinciones tenga que sujetarse al procedimiento de despido colectivo, y que si no lo hace y, en su lugar, sigue la vía del despido objetivo, su actuación quede viciada de nulidad.
- 710** La toma en consideración de las extinciones producidas en los 90 días previos, puede determinar que una empresa que ha despedido a varios trabajadores por razones económicas, técnicas, organizativas o de producción dentro de ese período y/o que, durante el mismo, ha cesado a otros trabajadores cuya extinción resulta computable por mor de la regla de asimilación señalada, se vea impelida a **iniciar el procedimiento** de despido colectivo para poner fin, en base a causas empresariales, a un número muy reducido de relaciones de trabajo, e incluso a una sola, cuando la cifra resultante de sumar las extinciones precedentes y las nuevas sobrepase el límite legal. Lógicamente, esa obligación **alcanza** a los trabajadores a los que se pretende despedir una vez alcanzado el umbral numérico, pero **no se proyecta** sobre aquellos cuyo cese se produjo en fechas en las que aún no se había rebasado, respecto de los