

Inexistencia de causa de discriminación en la exclusión de trabajadores mayores de 50 años en el ámbito de aplicación de un despido colectivo

Comentario a la [Sentencia del Tribunal Supremo 872/2017, de 14 de noviembre](#)

Antonio Folgoso Olmo

Abogado

1. MARCO LEGAL APLICADO

La sentencia comentada analiza numerosos motivos de impugnación de un despido colectivo.

En primer lugar, se alega la vulneración del derecho a la libertad sindical en su vertiente de negociación colectiva, establecida en los siguientes preceptos:

- Artículo 28.1 de la [Constitución española](#) (CE), que recoge el derecho a la libertad sindical.
- Artículo 37.1 de la [CE](#), que recoge el derecho a la negociación colectiva.
- Artículo 2.1 d) de la [Ley orgánica de libertad sindical](#), que recoge el derecho a la actividad sindical.

Más adelante, se alega la vulneración del derecho de huelga, previsto en el artículo 28.2 de la [CE](#).

Seguidamente, se denuncia la existencia de discriminación en el criterio general de determinación de los trabajadores afectados, en aplicación de los siguientes preceptos:

- Artículo 14 de la [CE](#), que prevé la prohibición de discriminación.
- [Artículo 4.2 del Estatuto de los Trabajadores](#) (ET), que establece el derecho de estos a no ser discriminados por razón de edad.
- [Artículo 17 del ET](#), que proscribe las actuaciones discriminatorias en el marco de las relaciones laborales.

- Artículo 1 de la [Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000](#), relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

A continuación, se alega la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho, entendiéndose dichas circunstancias justificativas de la nulidad de la decisión empresarial al amparo del artículo 124.11 de la [Ley reguladora de la jurisdicción social](#).

Por último, se invoca el [artículo 51.1 del ET](#), en cuanto a la concurrencia de causas económicas, organizativas y productivas justificativas del despido colectivo.

2. SUPUESTO DE HECHO

La empresa demandada desarrolla su actividad a través de ocho plantas de producción distribuidas en todo el territorio español. El litigio se ciñe a la planta sita en Pamplona donde, a 31 de diciembre de 2015, prestan sus servicios 620 trabajadores, y en la que se producen componentes de dirección asistida para turismos y para vehículos industriales.

Las relaciones laborales se regían por un convenio colectivo estatutario de empresa, con una vigencia de 3 años (2013-2015), prorrogable de forma tácita de año en año, salvo que existiese denuncia. Además, tras la finalización de la vigencia del citado convenio, se mantendrían durante 2 años como máximo las condiciones laborales hasta que se concluyese la negociación del nuevo. Por otra parte, el convenio colectivo incluía una referencia a un plan industrial, que proyectaba la implantación de una nueva línea de trabajo y posibilitaba así la viabilidad de la planta y la garantía del empleo actual. Asimismo, se renunciaba por la empresa, durante los 3 años de vigencia del convenio, al planteamiento de un despido colectivo.

El 26 de octubre de 2015, la demandada comunicó a la representación legal de los trabajadores del centro de trabajo de Pamplona la denuncia del convenio colectivo, emplazando a la representación obrera a fijar una reunión para constituir la nueva comisión negociadora y establecer un calendario o plan de negociación.

El 6 de noviembre de 2015, la representación de los trabajadores elaboró una propuesta para la renegociación del convenio colectivo, que remitió a la empresa.

El 25 de noviembre de 2015, tuvo lugar una reunión entre empresa y comité, donde la primera requirió a la representación de los trabajadores para concretar una comisión representativa y proponer un calendario de trabajo para las negociaciones, cuya primera reunión se preveía para el 12 de enero de 2016.

En dicha primera reunión del periodo de negociación, la empleadora expuso la evolución de su situación económica e informó de su intención de iniciar un procedimiento de despido co-

lectivo, y entregó además la documentación de comunicación del mismo. Ese mismo día, la empresa remitió a toda la plantilla una carta en la que notificaba la existencia de una grave situación económica y se manifestaba la voluntad empresarial de proceder al despido de 250 trabajadores.

En la segunda reunión, de 19 de enero de 2016, la empresa comunicó a la comisión representativa de los trabajadores la iniciación de un procedimiento de despido colectivo por causas productivas, organizativas y económicas, entregando documentación justificativa, calendario de extinciones, criterios de designación y plan de recolocación externa.

Tras celebrar numerosas reuniones, las partes negociadoras acordaron prorrogar el periodo de consultas hasta el día 23 de febrero de 2016. Durante dicho periodo tuvieron lugar otras tantas reuniones, incluso contando con la mediación del Gobierno de Navarra. No obstante lo anterior, el periodo de consultas concluyó sin acuerdo. En la última reunión, la empresa presentó un documento denominado «oferta final».

El siguiente 4 de marzo de 2016, la empresa comunicó a la comisión representativa que, tras finalizar el periodo de consultas sin acuerdo, había decidido llevar a efecto el despido colectivo de conformidad con los términos de la «oferta final», y que afectaba finalmente a 123 trabajadores (de los 250 inicialmente previstos). También se comunicaban las indemnizaciones, calendario de salidas y plan de recolocación. Asimismo, se incluían los criterios de selección, entre los que debe resaltarse la exclusión del despido colectivo de los trabajadores de una edad igual o superior a 50 años (que podían acogerse a la medida de forma voluntaria). Contra dicha decisión, la representación unitaria convocó numerosos paros.

Formulada demanda contra el despido colectivo, la Sentencia de 16 de junio de 2016, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, en procedimiento 178/2016, declaró no ajustado a derecho el despido, al considerar que no se habían acreditado las causas económicas, organizativas y productivas alegadas. La sentencia desestima el resto de motivos de impugnación planteados por los trabajadores.

La citada resolución fue recurrida ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, dictándose finalmente la sentencia aquí comentada.

3. DOCTRINA JUDICIAL APLICADA

A continuación, se exponen las distintas alegaciones formuladas por las partes y la respuesta que da la resolución comentada, así como la doctrina sobre la que esta se fundamenta.

3.1. *Vulneración de la libertad sindical en su vertiente de negociación colectiva*

La representación de los trabajadores sostiene que la coincidencia en el tiempo de un proceso de negociación del nuevo convenio colectivo y el despido colectivo operado debilita la po-

sición negociadora de la parte obrera. Por su parte, la empresa sostiene que la difícil situación empresarial requiere de una actuación combinada, que aúne la elaboración de un nuevo convenio colectivo y el despido de varios trabajadores.

La sentencia concluye que no puede apreciarse que la coincidencia temporal entre ambas actuaciones sea suficiente para apreciar mala fe empresarial en el proceso de negociación del despido colectivo que se enjuicia, ante la ausencia de otros elementos que puedan abundar en dicho argumento. Además, valora que la empresa nunca ha ocultado la necesidad de tramitación conjunta de ambos procesos, tampoco habiéndose opuesto frontalmente la parte social a la misma.

3.2. Vulneración del derecho de huelga

La representación obrera postula, en este caso, que la empresa realizó actuaciones preparatorias que minimizaron el impacto de las convocatorias de huelga y su capacidad de presión, al alegar que se produjo un incremento de producción para asegurar los menores problemas posibles en el suministro a los clientes.

La sentencia señala que la resolución recurrida no considera acreditado el supuesto efecto que produjo la huelga sobre la producción de la planta, al no constar acreditado el incremento en las contrataciones eventuales durante los últimos meses de 2015, ni que fuesen superiores a la media habitual o que tuvieran incidencia en el incremento de la producción. Por lo expuesto, desestima también este motivo de nulidad.

3.3. Prohibición de discriminación por motivo de edad

La parte social alega que la utilización por la empresa del criterio de la edad, al establecer que los afectados fueran menores de 50 años, no es una actuación neutral, sino que resulta discriminatoria. Por su parte, la empleadora sostiene la licitud de la medida, por cuanto manifiesta que se pretende el mantenimiento de los trabajadores más experimentados.

La sentencia recurrida razona que la edad, como factor incluido dentro de la prohibición constitucional de discriminación, solo puede fundar un trato diferenciado cuando existan razones suficientes de justificación y proporcionalidad. Y, a partir de ahí, no acepta la justificación empresarial en cuanto a que se trataba de los trabajadores más experimentados. No obstante, sí que entiende que la medida es conforme a las previsiones de la [Ley 27/2011, de 1 de agosto](#), al resultar más vulnerable el colectivo mayor de 50 años.

La resolución comentada desestima que dicha actuación deba comportar la nulidad del despido, a cuyo efecto se remite a la doctrina de la sala, que establece que solo la total ausencia de aportación de criterios de designación de trabajadores afectados puede dar lugar a la nulidad del despido (entre otras, Sentencia del Tribunal Supremo –[STS– de 26 de marzo de 2014, rec. 158/2013](#)). Añade que dicha circunstancia no concurre en el presente supuesto, donde sí constan tales crite-

rios con independencia de la valoración que puede hacerse de los mismos. Y ello sin perjuicio del derecho del trabajador, que se considere afectado, a impugnar de forma individual la medida, en caso de no haberse respetado las prioridades de permanencia y demás derechos previstos en la ley.

3.4. Existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en el ámbito de una negociación de despido colectivo

La resolución recurrida alude a la jurisprudencia existente respecto de las consecuencias de apreciar fraude de ley en cuanto a la calificación del despido, considerando que, en tales supuestos, corresponde la declaración de nulidad del cese ([STS de 17 de febrero de 2014, rec. 142/2013](#)). No obstante lo anterior, entiende que en el presente supuesto no se aporta ningún dato determinante de fraude de ley, dolo, coacción o abuso de derecho.

La sentencia analiza la existencia de mala fe (o ausencia de buena fe) en el proceso negociador. Para ello, repasa la jurisprudencia anterior, destacando la [STS de 16 de noviembre de 2012 \(rec. 236/2011\)](#), que configura el periodo de consultas no como un mero trámite preceptivo, sino como una verdadera negociación colectiva tendente a conseguir un acuerdo que, en la medida de lo posible, evite o reduzca los efectos de la decisión empresarial, así como sobre las medidas necesarias para atenuar las consecuencias para los trabajadores afectados por dicha decisión empresarial. Añade que la jurisprudencia ([STS de 27 de mayo de 2013, rec. 78/2012](#)) ha concluido que, para examinar el cumplimiento de ese deber de negociar de buena fe, hay que analizar en cada caso el alcance de la posición de la empresa y la manera en que se han desarrollado las negociaciones.

No obstante, la sentencia aprecia que, en este supuesto, la empresa no tuvo una posición invariable, al no haber existido inamovilidad en su postura durante las negociaciones.

3.5. Análisis sobre las causas económicas, organizativas y productivas del despido colectivo

Por último, se analiza la concurrencia de las causas alegadas, tanto por los trabajadores –que piden la nulidad del despido– como por la empresa –que solicita que sea declarado adecuado a derecho–.

La sentencia recuerda que la situación económica negativa no puede operar de forma abstracta ([STS de 26 de marzo de 2014, rec. 158/2013](#)), debiendo justificarse en tres pasos: acreditando la existencia de la situación económica negativa, estableciendo el efecto de la misma sobre los contratos de trabajo –y la necesidad de amortizarlos–, así como mostrando la adecuada proporcionalidad de las medidas extintivas adoptadas para responder a esa necesidad.

La sentencia recurrida aprecia que, si bien es cierto que hay un descenso de la cifra de negocio, en el último ejercicio ha existido un remonte de los ingresos respecto del año anterior, de lo que no se desprende la existencia de pérdidas económicas actuales o previstas, ni tampoco una disminución persistente del nivel de ingresos ordinarios o ventas.

A su vez, la resolución comentada añade que debe rechazarse la concurrencia de las causas económicas que justifiquen el despido, en tanto que no basta para acreditar la causa extintiva con demostrar una reducción de ingresos, que es insuficiente y en modo alguno justifica la idoneidad de la medida extintiva. Además, añade que no es «ni plausible, ni razonable, ni proporcional, y a la vez no es real», en virtud de los datos que arrojan beneficios en las últimas cinco anualidades. Por lo tanto, confirma el juicio de proporcionalidad de la medida aplicado por la sentencia de instancia, siguiendo la doctrina de la sala ([STS de 22 de julio de 2015, rec. 171/2014](#)).

Por otra parte, en cuanto a las causas organizativas y productivas, recuerda que deben analizarse en el contexto en que se producen, esto es, en la concreta rama de actividad afectada y no de forma global en la empresa. Y rechaza la existencia de tales causas por no haberse justificado que se hayan producido cambios en el ámbito de los sistemas o métodos de trabajo del personal, en el modo de organizar la producción o en demanda de productos que la empleadora pretende colocar en el mercado.

En virtud de lo expuesto, concluye la [sentencia comentada](#) que el despido ha sido correctamente declarado no ajustado a derecho por la de instancia, al no concurrir las causas invocadas.

4. TRASCENDENCIA DE LA SENTENCIA

La [resolución comentada](#) resulta poco novedosa en ciertos aspectos, en tanto que en la mayoría de puntos que resuelve se limita a acudir a la jurisprudencia ya reiterada (como en el caso de la inexistencia de causas justificativas del cese o al abordar la cuestión del fraude de ley) o a la simple negación de la concurrencia de los motivos alegados (en el caso de la vulneración de la libertad sindical o del derecho de huelga).

Pero sí resulta de mayor interés la cuestión planteada en cuanto a la concurrencia de una posible discriminación vinculada al factor etario. En este punto, existe conformidad por ambas partes en cuanto al hecho que genera el debate jurídico, esto es, la existencia de la determinación por parte de la empresa de un criterio de exclusión del despido colectivo respecto de los trabajadores de edad igual o superior a 50 años, que la empresa fundamenta en el interés en salvaguardar al personal con mayor experiencia y en la razonabilidad de dicha actuación. Por su parte, la representación obrera sostiene que el criterio señalado responde exclusivamente al objetivo de no soportar los costes de los mecanismos que la legislación establece en la protección de los trabajadores mayores de 50 años en los despidos colectivos ([apdos. 9, 10 y 11 del artículo 51 ET](#)); asimismo, argumenta que el factor utilizado es discriminatorio, al resultar especialmente gravoso para los trabajadores más jóvenes, en tanto que, para los mayores de 50 años, el legislador ha previsto medidas de aseguramiento.

La resolución analizada no discute en cuanto a la existencia de la edad como factor que puede generar una situación de discriminación, añadiendo que, en dicho caso, deberá atenderse a la concurrencia de motivos que justifiquen la actuación empresarial y su proporcionalidad. Se

pronuncia así en línea con la doctrina constitucional (contenida, entre otras, en la Sentencia del Tribunal Constitucional –STC– 200/2001, de 4 de octubre) relativa al principio de igualdad, que se configura como un derecho subjetivo de los ciudadanos a obtener un trato igual, que obliga y limita a los poderes públicos a respetarlo y que exige que los supuestos de hecho iguales sean tratados de forma idéntica en sus consecuencias jurídicas. También exige que, para introducir diferencias entre ellos, tenga que existir una justificación suficiente de tal diferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, y cuyas consecuencias no resulten desproporcionadas.

Pero la doctrina del Tribunal Constitucional no se agota en el principio de igualdad, añadiendo que el artículo 14 de la CE también prohíbe una serie de motivos o razones concretos de discriminación, sin carácter de *numerus clausus*. Dicho listado representa una explícita interdicción de determinadas diferencias históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones no solo desventajosas, sino contrarias a la dignidad de la persona, que reconoce el artículo 10.1 de la CE (STC 128/1987, de 16 de julio, entre otras). Estos supuestos implican la necesidad de emplear un juicio de legitimidad constitucional más estricto y riguroso, recayendo además la carga de la prueba de la justificación de la conducta sobre quien asume su defensa.

Dentro de esos motivos de discriminación se incluye expresamente la edad, de acuerdo con lo previsto en el artículo 10.2 de la CE, por el tenor del artículo 21.1 de la [Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea](#), que prohíbe expresamente toda discriminación por razón de la edad, referencia expresa que ha llevado al Tribunal de Justicia de la Unión Europea a reafirmar el carácter de «principio general del derecho de la Unión» que alcanza esta concreta prohibición ([Sentencia de la Gran Sala de 19 de enero de 2010, asunto C-555/07, Küçükdeveci contra Swedex GmbH](#)).

Debe añadirse que la [STC 66/2015, de 13 de abril](#), recuerda que la selección del personal afectado por un despido colectivo constituye una facultad del empresario que, aunque inscrita en sus poderes de organización, debe ejercerse respetando la preferencia legal de los representantes de los trabajadores, las garantías que el ordenamiento jurídico otorga a los operarios en general y los condicionantes establecidos en el convenio colectivo o en el acuerdo alcanzado durante el periodo de consultas, sin que en ningún caso pueda incurrirse en fraude de ley o abuso de derecho y sin que la actuación empresarial pueda estar guiada por móviles discriminatorios.

En estas circunstancias, la sentencia comentada rechaza la débil argumentación empresarial que defendía que dicho criterio de selección permitía excluir del ámbito del despido colectivo a los trabajadores más experimentados. Obviamente, la edad no tiene por qué tener una relación directa con la experiencia en el trabajo (en cuyo caso, el criterio habría sido, por ejemplo, el de la antigüedad en la empresa).

No obstante, sí que ampara la actuación empresarial en cuanto al segundo argumento que esta proporciona, esto es, al entender que la medida es coherente con las previsiones legales, que determinan al colectivo señalado como especialmente vulnerable.

En este sentido, debe entenderse que, en un contexto económico recesivo, donde el desempleo se posiciona como el primer problema nacional, dicho colectivo se hace especialmente vulnerable, puesto que la pérdida de su empleo comportará su inclusión en el grupo de parados de larga duración, que no encontrará, probablemente, otro empleo. Por consiguiente, el criterio por el cual se excluye a dicho colectivo del ámbito de aplicación de un despido colectivo se considera una medida razonable para evitar lo que, de otro modo, podría traducirse en una medida de discriminación indirecta (art. 4.2 c) ET). En consecuencia, resulta acertada la conclusión de la sentencia, en tanto que descarta que la medida examinada sea injusta y desproporcionada, en cuanto que persigue un objetivo socialmente loable, que procura evitar el impacto de la crisis sobre las personas mayores, constituyéndose como una medida de acción positiva.

De este modo, se considera razonable y proporcionada la actuación empresarial, no pudiendo ser calificada como discriminatoria.