

La validez de las extinciones «voluntarias» masivas previas a la subrogación y su alcance sobre el despido colectivo

Comentario a la **Sentencia del Tribunal Supremo 449/2023, de 22 de junio**

Rafael Moll Noguera

*Profesor permanente laboral de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universitat de València (España)*

mollnora@uv.es | <https://orcid.org/0000-0002-7763-4621>

Extracto

La sentencia aborda, por primera vez, la validez de las extinciones voluntarias de las personas trabajadoras previas a una sucesión de contratas y su inmediata contratación a cargo de la nueva adjudicataria; decisiones extintivas marcadas por el diseño de un panorama extintivo por parte de la nueva adjudicataria. En este contexto, la argumentación jurídica se centra, por un lado, en si dichas extinciones deben computar a efectos del umbral numérico del procedimiento del despido colectivo y, por otro lado, en cuál ha de ser la consecuencia legal de estimarse el carácter fraudulento de dichas extinciones.

Palabras clave: despido colectivo; subrogación empresarial; umbral numérico; fraude; nulidad; extinción voluntaria; competencia objetiva.

Recibido: 27-09-2023 / Aceptado: 27-09-2023 / Publicado (en avance *online*): 09-10-2023

Cómo citar: Moll Noguera, R. (2023). La validez de las extinciones «voluntarias» masivas previas a la subrogación y su alcance sobre el despido colectivo. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 449/2023, de 22 de junio. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 477. <https://doi.org/10.51302/rtss.2023.19425>

Validity of mass "voluntary" terminations preceding subrogation and their impact on collective dismissal

Commentary on Supreme Court Ruling 449/2023, of 22 June

Rafael Moll Noguera

*Profesor permanente laboral de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universitat de València (España)*

mollnora@uv.es | <https://orcid.org/0000-0002-7763-4621>

Abstract

The judgment addresses, for the first time, the validity of voluntary dismissal by employees prior to a change of contractors and their immediate reemployment by the new awardee; termination decisions characterized by the implementation of a termination scheme by the new awardee. In this context, the legal argumentation focuses, on the one hand, on whether such terminations should be counted for the purposes of the numerical threshold in the collective dismissal procedure, and, on the other hand, on what the legal consequence should be if the fraudulent nature of such terminations is established.

Keywords: collective dismissal; business succession; numerical threshold; fraud; nullity; voluntary termination; objective competence.

Received: 27-09-2023 / Accepted: 27-09-2023 / Published (online preview): 09-10-2023

Citation: Moll Noguera, R. (2023). Validity of mass "voluntary" terminations preceding subrogation and their impact on collective dismissal. Commentary on Supreme Court Ruling 449/2023, of 22 June. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 477. <https://doi.org/10.51302/rtss.2023.19425>

1. Marco normativo y jurisprudencial de referencia

A fin de resolver la validez de las extinciones voluntarias previas a la subrogación y los efectos que, en su caso, la nulidad de estas provocaría, especialmente en lo que se refiere al despido colectivo, la sentencia recupera, en primer lugar, la doctrina jurisprudencial en torno a cómo computar los umbrales previstos para el despido colectivo por el [artículo 51.1 del Estatuto de los Trabajadores \(ET\)](#).

En este sentido, comienza recordando la dicción literal del [artículo 51.1 del ET](#), cobrando especial relevancia el apartado según el cual:

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.

A continuación, trae a colación la reciente Sentencia del Tribunal Supremo ([STS](#)), [Pleno, 197/2023, de 15 de marzo](#), que efectúa un recorrido por el criterio doctrinal elaborado por la sala en materia de la unidad de cómputo, alcanzando la conclusión de que cuando los despidos acaecidos en un centro de trabajo superan los umbrales del [artículo 51.1 del ET](#), esta debe ser el centro de trabajo que emplea a más de 20 personas trabajadoras, rectificando de este modo su anterior doctrina tras la [Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de enero de 2018 \(asunto C-270/16, Ruiz Conejero\)](#) en relación con lo dispuesto en el artículo 1.1 de la [Directiva 98/59/CE](#). Teniendo en cuenta, a su vez, que la unidad de cómputo debe ser la empresa, cuando se superen los umbrales tomando como unidad de referencia la totalidad de esta ([STS 787/2019, de 19 de noviembre](#)).

Por su trascendencia en el ámbito procesal, en el sentido de que no existe un derecho a disponer libremente de una modalidad u otra modalidad de despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción –individual o colectivo–, se enfatiza, recuperando doctrina propia ([STS 421/2021, de 21 de abril](#)), que la noción de despido colectivo constituye claramente una norma absolutamente imperativa o de derecho necesario absoluto, cuya estructura normativa resulta inmodificable por convenio colectivo, pues en ella no solo están presentes intereses empresariales, sino también intereses públicos evidentes, que se identifican con la posible minoración de la destrucción del tejido productivo y el empleo.

Por último, en cuanto al incumplimiento de la tramitación colectiva y su consecuencia jurídica, la ley es clara al imponer la nulidad de las extinciones contractuales computables, tanto cuando se impugna colectiva como individualmente (art. 124.11 y 13 a) 3.ª Ley reguladora de la jurisdicción social –LRJS–).

2. Breve síntesis del supuesto de hecho

Un repaso al recorrido histórico del caso revela la adjudicación por parte de Tragsa (empresa principal) a Alcor Seguridad, SL, nueva contratista, tras el correspondiente procedimiento de licitación, del servicio de vigilancia y seguridad privada en el centro de acogida de migrantes en las islas Canarias. El pliego y el convenio colectivo aplicable recogen la obligación subrogatoria.

Sin embargo, poco antes de hacerse efectivo el cambio de contratista, un total de 13 personas trabajadoras de la empresa saliente, Segurmáximo, SL, comunican el 17 de agosto de 2021 su baja voluntaria, con fecha de efectos del día siguiente, haciendo constar, alguna de ellas, que el motivo del cese es «la no subrogación por parte de la empresa que ha tomado el servicio, siendo posible mi contratación en esta una vez sea efectiva la baja, por tanto, informo de la imposibilidad de cumplir con el preaviso previsto».

Y es que la nueva empresa contratista había anunciado que no procedería a la subrogación y que la única forma de continuar prestando servicio era del modo que operaron las 13 personas trabajadoras que extinguieron previamente su contrato. En efecto, la nueva empresa contratista comunica el 17 de agosto de 2021 a la empresa saliente que no procede a subrogar a 22 personas trabajadoras de los 108 contratos de trabajo notificados (de 2 centros de trabajo diferentes), entre las cuales están las 13 con el contrato extinguido. Si bien posteriormente contrata a gran parte de estas últimas.

En este contexto, el sindicato FTSP-USO interpuso demanda de impugnación de despido colectivo, en la que solicitaba tres peticiones: primera, que se declarase la nulidad extintiva de las personas trabajadoras afectadas; segunda, que se decretara la reincorporación a sus puestos de trabajo con el abono de los salarios dejados de percibir; y tercera, que se reconociera el derecho de las 13 despedidas a ser subrogadas por la nueva empresa concesionaria Alcor Seguridad, SL. Subsidiariamente, en caso de no reconocer la subrogación empresarial, solicitaba igualmente la nulidad de los despidos y, ahora, la readmisión de las personas trabajadoras afectadas con el abono de los salarios dejados de percibir. En último lugar, solicitaba la improcedencia del despido.

La sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Tenerife) de 13 de julio de 2022 estimó la demanda frente a Alcor Seguridad, SL, y declaró nulo el despido de las personas trabajadoras afectadas, con la obligación de readmitirlas

en sus puestos de trabajo en las mismas condiciones al tiempo del despido y el abono de los salarios dejados de percibir. Por el contrario, desestimó la demanda contra la empresa Segurmáximo, SL, absolviéndola de todos los pedimentos deducidos en su contra. Y ello porque se ha cometido «un evidente fraude, por lo que las bajas voluntarias deben computar a los efectos del art. 51 ET». En términos concretos, la no subrogación de 13 personas trabajadoras en una plantilla de 62 en el centro de trabajo ubicado en Las Raíces constituye un despido colectivo por parte de la nueva empresa, dado que tenía obligación convencional de subrogar a toda ella. Reconduce la situación, en definitiva, a la obligación de subrogación con todos los derechos que ello implica en favor de las personas trabajadoras, más allá de su continuidad en la empresa entrante.

Sin embargo, la empresa entrante, y ahora recurrente, Alcor, entiende que el grupo de personas trabajadoras cuya extinción fue voluntaria no pueden computar al efecto de establecer los umbrales fijados por el [artículo 51 del ET](#), pues, «exista o no fraude de ley», lo que no hay es despido, pues en modo alguno se deduce una voluntad extintiva, ya que ha contratado, de esas 22 personas trabajadoras, a las que habían presentado baja voluntaria en la empresa.

3. Aspectos clave de la fundamentación jurídica

La cuestión nuclear en la que se centra la sentencia es la valoración de las extinciones voluntarias como despidos fácticos computables a efectos de la tramitación del correspondiente despido colectivo, cuya nulidad resultante conduce a la obligación de readmisión. Readmisión que en un contexto de subrogación implica la obligación de la empresa entrante no solo a contratar a las personas trabajadoras (situación que alega la empresa recurrente), sino también a pasar por los efectos legales o convencionales que acompañan a la subrogación, entre otros, el respeto de la antigüedad.

En este sentido, la sentencia analiza la validez de las extinciones masivas previas a la subrogación y su alcance en los umbrales del despido colectivo. En otros términos, lo que debe decidir el Tribunal Supremo (TS) es si cabe calificar tal situación de despido colectivo encubierto o fraudulento.

Para ello, aunque la cuestión sea nueva, el tribunal recupera la doctrina elaborada en torno al despido colectivo de hecho en la [STS 933/2021, de 23 de septiembre](#). Se entiende como tal aquel fenómeno de extinciones de contratos que, siendo realmente colectivas, se formula sin seguir las reglas de procedimiento establecidas por el [artículo 51 del ET](#), logrado gracias a despidos disciplinarios y objetivos que no son tales. Por si acaso, se matiza que ni las conciliaciones posteriores pueden presentarse como extinciones por mutuo acuerdo o dimisiones, al margen de la intervención de la persona empleada, ni existen finalizaciones de contratos válidas, pues siguen siendo despidos, esto es, extinciones

adoptadas a iniciativa de la empresa, que se producen por motivos no inherentes a la persona trabajadora; y que, al alcanzar los umbrales, se convierten en ceses que conforman un despido colectivo.

A tenor de esta doctrina, lo realmente significativo en este caso es la diferencia que el TS hace de «las causas genuinas del despido colectivo», cuales son las económicas, técnicas, organizativas y de producción, y aquellas otras causas que obedezcan a la iniciativa de la parte empresarial en virtud de otros motivos no inherentes a la persona trabajadora (salvo el vencimiento del término pactado).

Desde esta perspectiva, para el cómputo numérico del despido colectivo, han de tenerse en cuenta todas las extinciones por causas no inherentes a la persona trabajadora. Por ejemplo, despidos disciplinarios cuya improcedencia fue reconocida por la empresa, o extinciones de contratos temporales, sobre las que las mercantiles nada acreditaron cuando el término o vencimiento era posterior. Es más, incluso debería computarse un elevado número de extinciones por no superación del periodo de prueba por infringir las exigencias de la buena fe.

Ahondando sobre la idea de causa no imputable a la persona trabajadora aplicada al caso, el pasaje más relevante de la sentencia es el siguiente:

Quando la empleadora entrante anuncia a varios trabajadores de la saliente que no va a proceder a su subrogación, pero les propone que será posible la contratación si formalizan las bajas laborales en la anterior empresa, y de esta manera lo lleva a efecto, resulta innegable que la iniciativa se residencia en la mercantil que diseña el panorama extintivo y condiciona la voluntad de quienes, prestando servicios para la saliente y debiendo ser subrogados por quien asume el servicio, se ven compelidos a presentar su baja a fin de ser contratados *ex novo* y poder continuar trabajando.

Al igual que la sentencia recurrida, el TS recupera su doctrina tradicional sobre el fraude de ley, siendo consciente de que «la dificultad en casos como el actual estriba en la manifestada voluntariedad en las bajas de los trabajadores afectados en la empresa saliente y la subsiguiente vigencia de las relaciones laborales con la mercantil entrante». Sin embargo, lo revelador es la motivación subyacente en la decisión adoptada por estas personas trabajadoras: la advertencia de no subrogación por parte de la empresa adjudicataria del servicio.

Se alcanza así la conclusión de que se ha producido una ruptura de la relación laboral de varias personas trabajadoras, una extinción condicionada irremediabilmente por la iniciativa y propuesta de la empleadora entrante y que ha resultado determinante. Dicho de otro modo, de no haber mediado la empresa entrante, las personas trabajadoras hubieran continuado con la prestación de servicios y no se hubiera producido una ruptura del vínculo, de lo que cabe deducir que no concurre ningún motivo inherente a sus personas para que

acaezca el despido. Se procuraba a través de este fraude de ley conformar una nueva relación laboral regida por condiciones distintas, entre las que destaca la antigüedad.

Por último, conviene aclarar que en el caso la empresa no cuestiona la normativa convencional que impone la subrogación, ni tampoco el análisis de la identidad de la unidad económica transmitida, recuérdese, la adjudicación del servicio de vigilancia y seguridad en centros de acogida de inmigrantes, ni tampoco pone en duda la proyección y activación del [artículo 44 del ET](#) en sectores donde la mano de obra constituye un factor esencial y acaece la asunción de una parte relevante del personal adscrito.

4. Valoración crítica desde el punto de vista procesal

En torno al debate de fondo planteado, aparecen dos cuestiones procesales relevantes. Por un lado, que la declaración judicial del despido colectivo fáctico como nulo por fraudulento y la consiguiente declaración como subrogado del personal ya contratado por la nueva empresa no parece que acabe de encajar bien en el ejercicio o formulación de una acción de despido al devenir inejecutable el fallo por no existir ruptura de la relación laboral, necesaria para el despido conforme al [artículo 124 de la LRJS](#).

En este sentido, la [STS 1038/2021, de 20 de octubre](#), señalaba que la incorporación de las personas trabajadoras en una situación de sucesión de empresa conforme a lo dispuesto en el [artículo 44 del ET](#) «no es materia de un proceso de despido colectivo, ni puede valorarse tampoco como un motivo para deducir la existencia de un despido de esa naturaleza». Esta doctrina determinaba que:

Respecto a tales trabajadores no se ha producido la extinción del vínculo contractual, siguen prestando servicios para la nueva empleadora que mantiene vigente la relación laboral, por lo que no estamos ante una actuación que pueda calificarse, de forma tácita o expresa, como despido colectivo, sin perjuicio de que los trabajadores puedan reclamar el reconocimiento y mantenimiento en toda su amplitud de las condiciones laborales de las que ya gozaban en su anterior empresa, singularmente de la antigüedad acreditada.

Sin embargo, frente a esta doctrina, el TS ha de salir al paso para tratar de justificar que no resulta aplicable, pues «allí resultaba ajeno el panorama fraudulento que aquí se detecta, y se partía, por el contrario, del cumplimiento de la normativa convencional de cobertura, cumplimiento que en este litigio no acaece».

Por tanto, esta sentencia resulta de especial interés, porque complementa la doctrina previa, de modo que se aclara que, a pesar de encontrarnos en el marco de un proceso de despido colectivo, los efectos de la sentencia que lo declara nulo van más allá de lo previsto

en los artículos [123.2](#), [124.11](#) y [113](#) de la LRJS, si se prueba el fraude en las extinciones individuales. En efecto, la sentencia que estime el fraude de las extinciones individuales puede, no tan solo condenar a la readmisión en su empresa, sino obligar a que sean subrogados por la empresa entrante con todos los efectos legales que ello implica. Seguramente el matiz que se deba tener en cuenta para supuestos similares es el que la extinción de varias personas trabajadoras estaba condicionada irremediabilmente por la iniciativa y propuesta de la empleadora entrante y que ello ha resultado determinante para superar el umbral del despido colectivo y, por consiguiente, la nulidad de este.

Por otro lado, en la sentencia, además de discutirse la posible inadecuación del procedimiento, como acaba de verse, también se analiza la eventual incompetencia alegada del tribunal. En concreto, la empresa recurrente discute la competencia objetiva de la sala de lo social del tribunal superior de justicia, así como del TS, sobre la base de los artículos [7 a\)](#), [9 b\)](#) y [205.1](#) de la LRJS. En respuesta, la sentencia reitera que nos encontramos ante un verdadero despido colectivo, al deber computarse las extinciones individuales fraudulentas, y que, en consecuencia, atendiendo a la totalización numérica de despidos en el conjunto de la empresa formada por 2 centros, se supera el umbral para proceder a tramitarlo como un despido colectivo.