

SOBRE EL CÁMPUTO DEL PERIODO DE 90 DÍAS PARA CONSIDERAR LA EXISTENCIA DE UN DESPIDO COLECTIVO Y DE SU NULIDAD POR FRAUDE DE LEY

[Comentario a la STSJ de Navarra de 29 de marzo de 2010] *

JUAN JOSÉ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de León*

Extracto:

LA sentencia comentada profundiza en el elemento temporal de los despidos colectivos: el plazo de 90 días como referente inicial para comprobar si se superan o no los umbrales numérico/porcentuales de extinciones no inherentes a la persona del trabajador; también el de encadenamiento de despidos objetivos por razones empresariales durante periodos sucesivos de 90 días para evitar el fraude. Incide en la forma de efectuar el cómputo del plazo (hacia atrás y hacia delante) y la extensión de la nulidad como reacción frente a conductas contrarias a la ley o en fraude de ley por ignorar el procedimiento previsto en el artículo 51 del ET.

Palabras clave: despidos colectivos/objetivos, procedimiento de regulación de empleo, periodo/s de 90 días y nulidad del despido.

* El texto íntegro de esta sentencia puede consultarse en *RTSS, (Legislación y Jurisprudencia)*. CEF, núm. 346 (págs. 155 y ss.) o en *Normacef Socio-Laboral* (NSJ041827).

ABOUT THE COMPUTATION OF THE PERIOD OF 90 DAYS TO CONSIDER THE EXISTENCE OF A COLLECTIVE DISMISSAL AND ITS NULLITY DUE TO LAW FRAUD

[Commented on STSJ of Navarra of March 29, 2010]

JUAN JOSÉ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de León*

Abstract:

THE annotated sentence explores the temporal element of collective redundancy: the 90 days term as initial reference to check if the number or percentage of dismissals are overcome or not; also the addition of objective dismissals for business reasons during successive periods of 90 days in order to prevent law fraud. And it affects the way to calculate that time (backward and forward) so as the extent of the nullity as a reaction against illegal or fraudulent conducts due to ignoring the procedure provided in article 51 ET.

Keywords: collective/objective dismissals, employment regulation, term of 90 days and invalid dismissal.

Sumario

- I. Antecedentes de hecho. O sobre cómo tramitar y resolver un expediente de regulación de empleo no es algo sencillo.
- II. El factor temporal en los despidos colectivos.
- III. La declaración de nulidad respecto de las extinciones que alcancen los umbrales de los despidos colectivos y no se hayan ajustado a su procedimiento.

NOTA: El presente ensayo se inscribe dentro de dos Proyectos de Investigación: DER 2009-13204, «Medidas de empleo ante la crisis empresarial», financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, y LE007A1D-1, «Expedientes de regulación y políticas de empleo», financiado por la Junta de Castilla y León.

I. ANTECEDENTES DE HECHO. O SOBRE CÓMO TRAMITAR Y RESOLVER UN EXPEDIENTE DE REGULACIÓN DE EMPLEO NO ES ALGO SENCILLO

La Sentencia del TSJ de Navarra de 29 de marzo de 2010, que llegó a las manos de quien suscribe gracias a la *RTSS, Legislación y Jurisprudencia*. CEF, merece –según han hecho el director, los coordinadores y el consejo asesor de tan prestigiosa publicación– ser rescatada de la mera compilación en los distintos repertorios de doctrina jurisdiccional o pronunciamientos judiciales.

Dos motivos confluyen para llegar a esta valoración. El primero y principal, indudablemente, viene dado por la importancia del asunto decidido, que entra de manera abierta a aquilatar esa compleja urdimbre causal/numérico-porcentual/temporal destinada a separar el despido por causas objetivas de aquel merecedor de ser calificado como colectivo o, para ser más preciso en este caso, a destacar su inviable concurrencia dentro del umbral temporal dado por el legislador, recordando una doctrina «clásica» sentada hace más de 13 años, cuyo contenido ahora rememora y actualiza.

El segundo, por algunas consideraciones presentes en los hechos declarados probados –pieza fundamental de convicción– que no solo permiten introducir el discurso, sino añadir algunos matices adicionales harto significativos, para así llevar al siguiente planteamiento fáctico-jurídico:

- 1.º Una empresa de construcción, afectada por la crisis que sacude de manera especialmente virulenta a este sector, insta, el 30 de junio de 2009, expediente de regulación de empleo solicitando autorización para rescindir los contratos de los 116 trabajadores de su plantilla. En un tiempo récord de tres días media habilitación a tal efecto a través de la Orden Foral de Navarra 3/2/09. Ello presupone necesariamente (aun cuando no medien referencias

expresas al efecto) un acuerdo en el preceptivo periodo de consultas con los representantes de los trabajadores; y, casi seguro, una práctica consolidada al margen de lo expresamente dispuesto por la norma, cual resulta ser la de presentarse ante la autoridad laboral con un acuerdo cerrado o con unas conversaciones ya muy avanzadas,¹ convirtiendo la intervención de aquella en una mera «homologación», o decisión limitada a sancionar lo pactado, salvo de apreciar fraude de ley, dolo, coacción o abuso de derecho.²

- 2.º Al amparo de la mentada resolución, se procedió a la extinción de diversas relaciones laborales «por causa de baja no voluntaria», esto es, se ejecutó parcialmente el despido colectivo. El elemento disonante en un paisaje lamentablemente habitual, pero ajustado a la norma, viene dado por el dato de que solo con 18 días de antelación a instar el expediente de regulación de empleo, la empresa había procedido al despido objetivo de nueve empleados, justo el límite para poder haber exigido estar y pasar por un expediente de regulación de empleo (ERE) previo.
- 3.º Al efecto enunciado, en su comunicación invocó causas económicas y organizativas, manifestando a los nueve interesados que por tales razones no podía poner a su disposición ni la cantidad correspondiente a la indemnización legal, ni la relativa al desconocimiento del preceptivo preaviso. Ciertamente, en la solicitud de autorización administrativa cambiarán parcialmente las causas invocadas, en este caso económicas y de producción, por lo que bien podrían llevar (en una hipótesis puramente formal) a un distinto fundamento de unas extinciones y otras.

Este es un problema clave en el diseño legal, que en su última revisión el legislador trata de aquilatar recogiendo las principales aportaciones jurisprudenciales; sin conseguirlo, por cierto. Y es que su carácter anfibiológico o indeterminado, conteniendo una conjunción de heterogéneos elementos de carácter constitutivo y finalista³ hace que los cuatro tipos teóricos diseñados (causas económicas, técnicas, organizativas y de producción) acaben siendo «aporéticos»,⁴ apareciendo –dada su «circularidad»–⁵ mezclados en la práctica y haciendo que «se confundan las causas del despido con el despido mismo como propuesta con las finalidades o efectos que se predicán de la causa [...]. La construcción es en sí misma frágil y teóricamente vulnerable».⁶

¹ QUIRÓS HIDALGO, J.G.: «Periodo de consultas y posible acuerdo entre las partes», en AA.VV. (FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J., dir. y AGRA VIFORCOS, B. y ÁLVAREZ CUESTA, H., coords.): *Expedientes de regulación de empleo*, Madrid: Civitas/Thomson Reuters, 2009, pág. 165 o AA.VV.: *Despido. Otras formas de extinción del contrato de trabajo 2007-2008*, Madrid: Francis y Taylor, 2007, pág. 354

² MARTÍNEZ BARROSO, M.R.: «Instrucción y resolución del expediente», en AA.VV. (FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J., dir. y AGRA VIFORCOS, B. y ÁLVAREZ CUESTA, H., coords.): *Expedientes de regulación de empleo*, cit., págs. 203 y 204.

³ MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: *El despido colectivo en el Derecho español*, Pamplona: Aranzadi, 1997, pág. 27.

⁴ VALDÉS DAL-RÉ, F.: «Los despidos por causa económica», en AA.VV. (VALDÉS DAL-RÉ, F., dir.): *La reforma del mercado laboral*, Valladolid: Lex Nova, 1994, pág. 403.

⁵ RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: «Despidos colectivos y autorización administrativa», *RL*, núm. 2, 2009, pág. 17.

⁶ CASAS BAAMONDE, M.E.: «Los despidos económicos en el marco de la reforma legislativa laboral y de la normativa de la Unión Europea», en AA.VV. (ARAMENDI SÁNCHEZ, J.P., dir.): *Los despidos por causas técnicas, organizativas o productivas*, Madrid: CGPJ, 1996, pág. 38.

Por este motivo, no es excesivamente importante el *nomen iuris* invocado como razón; donde procede poner el acento es en la acreditación de esa realidad, atendiendo a la documentación que hayan apartado las partes y obre en el expediente.⁷ Así, en este supuesto queda claro que los motivos organizativos (sobre los cuales se asienta el despido objetivo) y de producción (sustento del despido colectivo) distan de tener cualquier relieve en los hechos probados de la sentencia de instancia; *a sensu contrario*, que el único elemento común, exclusiva causa acreditada, es el económico, según aparece dibujado en un triple momento:

- A. Los esfuerzos de la empresa, antes de proceder a las rescisiones de contratos laborales, de buscar nuevas obras, aplazamientos de deudas e intentos de negociar con los bancos para obtener tesorería.
- B. La carta de los despidos objetivos haciendo mención a lo inviable de abonarles las indemnizaciones previstas en la ley tanto por razón de la propia extinción como por falta de preaviso.
- C. La documental obrante en autos, consistente en el balance de situación, la cuenta de pérdidas y ganancias en el semestre previo, las cuentas auditadas del ejercicio de 2008 y la situación de tesorería a la fecha de plantear el ERE, de las cuales cabe seguir la realidad de las pérdidas que aparecían consignadas en la carta dirigida a la despedida por razones objetivas el 12 de junio de 2009 y que en instancia actuó como demandante.

A la luz de tal resultante, y obrando la misma causa, la Juez de los Social apreció en su sentencia que tal despido está comprendido en el plazo de 90 días durante el cual se supera el 10 por 100 del número de trabajadores afectados por un despido colectivo, motivo por el cual, y al no haber sido incluido en el ERE, debe ser calificado como nulo.

II. EL FACTOR TEMPORAL EN LOS DESPIDOS COLECTIVOS

La separación del despido objetivo del colectivo parte, más que de un criterio causal (que adolece, por otra parte, del defecto apuntado), de otro numérico-temporal,⁸ lo cual ha hecho que sobre ambos extremos surjan importantes cuestiones a las cuales de continuo han debido acercarse doctrina y órganos judiciales.

En la sentencia anotada la cuestión numérica carece de mayor relieve, pues no se discute el núcleo de imputación (que el ordenamiento español remite a la empresa y no al centro de trabajo),⁹

⁷ BAKER y MCKENZIE: *Expedientes de regulación de empleo (ERE)*, Madrid: Francis Lefevre, 2008, pág. 21.

⁸ «La noción de despidos colectivos no es causal, es numérica», como encabezamiento del discurso ofrecido por FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y ÁLVAREZ CUESTA, H.: «Expedientes de regulación de empleo y propiedad», en AA.VV.: *Propiedad y Derecho Social*, Madrid: Fundación Registral, 2007, pág. 153.

⁹ Por todas, la contundente STSJ de Cantabria de 5 de mayo de 1997 (NSJ043676).

ni el cómputo de trabajadores (donde han de incluirse los temporales)¹⁰ o, sobre todo, y dada la conexión causal entre los artículos 51 y 52 c) del ET, tampoco a esas extinciones a sumar referidas a las enigmáticas «realizadas por motivos no inherentes a la persona del trabajador» (haciendo necesaria una lectura de todas y cada una de las causas de finalización del contrato de trabajo para incluirlas¹¹ o excluirlas¹² de tal cómputo). Solo actuará como patrón fijo de referencia para el plazo dado de 90 días en que, como regla, deberá medirse si no se superan, para primar la unilateral decisión empresarial o, por el contrario, si lo hacen y deben quedar sometidas al correspondiente ERE.

En cuanto hace al factor temporal para el cómputo de las finalizaciones de contratos que pudieran llevar a considerar la presencia de un despido colectivo, el plazo de 90 días («un lapso absolutamente definido, una unidad de tiempo perfecta y autónoma»)¹³ sirve como otro elemento fundamental para la distinción de lo objetivo y lo contemplado en el artículo 51 del ET, al punto de bien poder afirmar que el ámbito de aplicación del artículo 52 c) del ET ha de ser definido de manera negativa, en función de no alcanzar los umbrales dados en el periodo mentado, pero no

¹⁰ MONTOYA MELGAR, A. et al.: *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Pamplona: Aranzadi, 2007, pág. 249.

¹¹ En principio, todas aquellas extinciones que, no teniendo origen en la conducta o circunstancias del trabajador, conllevan la supresión del puesto en interés de aquel a favor de quien presta servicios (NAVARRO NIETO, F.: *Los despidos colectivos*, Madrid: Civitas, 1997, pág. 106), entre las cuales, y además de las causas objetivas fundadas en motivos empresariales [STSJ de Madrid de 15 de enero de 1997], las provenientes de muerte, jubilación o incapacidad del empresario, por extinción de su personalidad jurídica así como las motivadas por fuerza mayor [STJCE C-383/92, de 8 de junio de 1994 (NSJ000759), asunto Comisión contra Reino Unido; contra sin embargo, AA.VV. (MARTÍN VALVERDE, A. y GARCÍA MURCIA, J., dirs. y coords.): *Tratado práctico de Derecho del Trabajo*, Cizur Menor: Aranzadi, 2002, pág. 1.327]; las provenientes del artículo 50 del ET (STSJ de Castilla-La Mancha de 24 de abril de 1997); también cabría considerar los despidos reconocidos como improcedentes por el empleador [STSJ de Galicia de 7 de octubre 1997, SSTSJ de Cataluña de 16 de abril de 1996 (NSJ043663) o Comunidad Valenciana de 25 de marzo de 1999 (NSJ043656)] o así calificados en vía judicial [pues en tal apreciación queda ínsita «la declaración de que ha habido una decisión unilateral irregular de extinción del contrato por parte del empresario porque es esa, precisamente, la esencia del despido», STSJ de Canarias/Sta. Cruz de Tenerife de 7 de junio de 2006 (NSJ022098)]. Sin embargo, y contra toda lógica, el Tribunal Supremo no lo considera así cuando el titular de la unidad productiva opte por prescindir de las «ventajas» que le proporciona el despido colectivo y prefiera alternativas jurídicas que lleven aparejadas para el trabajador «un tratamiento en teoría más beneficioso», como, por ejemplo, un despido reconocido como improcedente [STS de 27 de mayo de 2005; siguiéndola, STSJ del País Vasco de 28 de marzo de 2006 (NSJ021804)].

¹² Entre las cuales cabría mentar las extinciones por mutuo acuerdo [SSTSJ de Cataluña de 23 abril de 1996 o Andalucía/Sevilla de 27 de febrero y 15 de marzo de 2004 (NSJ043661); contra, para un supuesto muy particular, STSJ del País Vasco 9 de julio de 2002 (NSJ043660)], las de los contratos temporales una vez agotado su plazo [STSJ de Galicia de 21 de noviembre de 1996 (NSJ043658)], las derivadas de causas válidamente consignadas en el contrato, cuantas traigan motivo en la muerte del trabajador o en su incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez; en fin, los despidos objetivos fundados en motivos atinentes a la persona o conducta de los empleados y los despidos disciplinarios procedentes o inatacados [SSTSJ de Castilla-La Mancha de 24 de abril de 1997 (NSJ043664) y Comunidad Valenciana de 3 de diciembre de 2002 (NSJ043657)]. Con amplitud de detalles, ÁLVAREZ CUESTA, H.: «El concepto de despido colectivo», en AA.VV. (FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J., dir. y AGRA VIFORCOS, B. y ÁLVAREZ CUESTA, H., coords.): *Expedientes de regulación de empleo*, cit., págs. 63 y 64.

Las dudas que en su día pudieran mantenerse en torno a bajas voluntarias incentivadas o extinciones por voluntad del trabajador ante órdenes de traslados o modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo [NAVARRO NIETO, F.: *Los despidos colectivos*, cit., pág. 107 o FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y ÁLVAREZ CUESTA, H.: «Expedientes de regulación de empleo y propiedad», cit., pág. 155], pierden fuerza en la práctica a la luz de la tesis del Tribunal Supremo sobre el despido reconocido como improcedente. En este sentido los órganos judiciales entienden que no computan las bajas incentivadas o jubilaciones anticipadas [STS de 7 de octubre de 1997 (NSJ043662)] y tampoco las extinciones en el supuesto de traslado y por modificación sustancial de condiciones de trabajo, pues obedecen a una voluntad del trabajador ante una conducta lícita del empresario [AA.VV.: *Memento práctico. Social 2007*, Madrid: Francis Lefevre, 2007, pág. 499; contra, no obstante, la sugerente STSJ de Castilla-La Mancha de 24 de abril de 1997 (NSJ043664)].

¹³ STSJ de Cataluña de 19 de junio de 1995.

solo considerados los despidos del 52 c), sino sumando también todas las otras extinciones por causas no inherentes a la persona del trabajador. Así se entiende la afirmación contenida en la sentencia, en otro contexto difícil de comprender: «el empleador se encuentra inicialmente legitimado para utilizar esta fórmula [el despido objetivo del art. 52 c) ET], en periodos de 90 días». A ello lo califica de «regla general», añadiendo a la misma cuanto califica de una doble «excepción»: la primera, ya reseñada, de añadir toda extinción cuya causa provenga de la iniciativa del empresario y no concurren motivos, conductas o circunstancias del trabajador; la segunda, estableciendo el cómputo conjunto de los despidos operados en periodos sucesivos de 90 días que tengan por finalidad eludir la prevención legal.

A partir de tal planteamiento, introduce un matiz que viene siendo recogido casi literalmente en cuantos pronunciamientos abordan este problema desde una sentencia de hace casi 14 años (aun cuando aquí no la entrecorriente) y se preocupan por «cerrar la vía de escape» del artículo 51.1 del ET, a través de un «goteo artificial» de extinciones por razones empresariales con la intención de eludir el control de la Administración y de la representación de los trabajadores.¹⁴ Eso sí, con un punto de partida firme en los Tribunales: «las excepciones a la regla general que reconoce el derecho deben ser interpretadas en sentido restrictivo, no incluyendo en las mismas supuestos no previstos y contrarios a la norma inicial que se exceptúa. Si el legislador expresamente regula unas cautelas concretas para evitar el fraude de ley, y de igual manera, expresamente limita su alcance a "periodos sucesivos de 90 días", no puede hacerse una interpretación extensiva de la prohibición que llevaría a considerar computable cualquier extinción contractual anterior con independencia del momento en que hubiere acontecido y, por tanto, daría lugar a remontarse indefinidamente en el tiempo más allá de los 90 días anteriores al periodo de referencia y, por consiguiente, sin sujeción a límite temporal alguno, lo que resulta del todo inaceptable por cuanto supondría afectar [a] cualquier anterior extinción de contrato de trabajo por muy alejada en el tiempo que pudiera encontrarse del periodo de referencia. Por otra parte, se ha de tener en cuenta que la finalidad de la prevención establecida en el artículo 51.1 del ET no es otra que la de impedir que el empresario pueda "eludir las previsiones contenidas" en este artículo, motivo por el cual se indica en el mismo que las sucesivas extinciones de contrato han de tener por objeto soslayar la aplicación de la norma; circunstancia que se presume y opera automáticamente cuando esta actuación se realiza en periodos sucesivos de 90 días, pero que no puede entenderse concurrente de remontarse los despidos a las fechas anteriores que quedan fuera del marco temporal al que se circunscribe la excepción a la regla general».¹⁵

Sobre las bases expuestas, menester resultaba entrar en un mayor grado de precisión en torno a cuantos datos habrán de completar la aplicación de la norma, remitiendo a los siguientes extremos:

De manera indirecta, la sentencia reconoce que el periodo de 90 días (consecutivos y naturales a partir de cuanto previene el art. 5 Código Civil), ha de ser abierto «con cada cese» (de los computables, según se conoce).¹⁶ Lo hace, para así aclarar cómo, siguiendo el otro pronunciamien-

¹⁴ MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: *El despido colectivo en el Derecho español*, cit., pág. 69.

¹⁵ STSJ de Cataluña de 2 de noviembre de 1996.

¹⁶ MONTOYA MELGAR, A. et al.: *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, cit., pág. 249.

to judicial clásico, «el periodo de 90 días juega en un doble sentido: hacia delante y hacia atrás». Es una clave no siempre bien comprendida. Como cada cese por razones empresariales puede abrir el cómputo no solo deben observarse —aun cuando sí principalmente— los provenientes de los artículos 51 o 52 c) del ET, sino cualesquiera otros de igual naturaleza. «Es decir, que para calificar como colectivos o —por el contrario— como individuales o plurales uno o unos concretos despidos [o extinciones] que se producen en un día determinado hay que proceder a una doble operación: de un lado, observar si en los 89 días anteriores se han producido otros despidos igualmente por causas económicas, tecnológicas [léase técnicas], organizativas o de producción [pero no solo, sino cualesquiera otras por motivos no inherentes a la persona del trabajador] y, en tal caso, considerar si aquellos despidos anteriores sumados a los despidos cuya calificación se pretende hacer llegar o no a los umbrales contemplados en el artículo 51.1 del ET; de otro lado, observar si en los 89 días siguientes se producen nuevos despidos fundamentados en el mismo tipo de causas [o análogas en su raíz de estricta iniciativa empresarial] y, en caso afirmativo, considerar si los nuevos despidos sumados a los que se pretende calificar alcanzan o no los umbrales contemplados en el artículo 51.1 del ET».¹⁷

Por otra parte, y en supuestos como el presente, en que media un despido colectivo, mucho ha debatido la doctrina acerca del *dies a quo* para iniciar el cómputo, inclinándose el que suscribe por compartir la idea de quien entiende por tal el establecido en el acuerdo alcanzado en consultas o en la resolución administrativa, o desde la notificación al trabajador si no mediara una periodificación en el orden y plazos de los despidos. Afirmación, la realizada, que pretende ser coherente con el régimen jurídico vigente, ya que la mera intención de efectuar un despido colectivo por parte del empresario no cualifica la existencia del mismo.¹⁸

Entrando a elucidar las implicaciones de la excepción referida a «periodos sucesivos de 90 días», todas las interpretaciones parten de considerar que el legislador no impone un lapso de igual duración, limitando su quehacer a describir secuencias temporales encadenadas entre sí, sin conexión alguna con la posible tramitación de un anterior procedimiento de despido colectivo,¹⁹ «dejando al Juez su valoración como eventual elemento de fraude».²⁰

En la práctica «el periodo inicial se abre desde el primer despido [colectivo] o desde los primeros despidos realizados con base en el artículo 52 c) del ET [...] y van a acumularse a efectos de determinar la legalidad de los despidos que, con base en el mismo precepto, se realicen en el siguiente periodo. Transcurrido el primero inicial de 90 días en los cuales todo despido que realice el empresario al amparo del anterior precepto y que rebase los límites del artículo 51 va a tener una especie de "sospecha" de legalidad».²¹

¹⁷ STSJ de Andalucía/Málaga de 21 de mayo de 1997; en igual sentido, pero con matices de gran interés, STSJ de Madrid de 26 de diciembre de 2000 (NSJ043659).

¹⁸ GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E.: «La configuración del despido colectivo en el Estatuto de los Trabajadores», *AL*, núm. 23, 1995, pág. 371.

¹⁹ VALDÉS DAL-RÉ, F.: «Los despidos por causa económica», cit., pág. 415.

²⁰ ÁLVAREZ CUESTA, H.: «El concepto de despido colectivo», cit., pág. 67.

²¹ STSJ de Madrid de 22 de enero de 2007 (NSJ043648).

En su aplicación, los Tribunales consideran que «el citado plazo [...] ha de computarse sumando, hacia atrás o hacia el pasado, todos los despidos computables dentro del plazo indicado»;²² y si la norma contempla tramos sucesivos, también, «indudablemente, el cómputo ha de hacerse hacia delante partiendo del primer despido, iniciándose de nuevo al producirse otro [...], de tal modo que si entre [ambos] transcurre un lapso superior se rompe la sucesión de los periodos» a sopesar.²³ Siempre teniendo en cuenta que es suficiente una sola extinción computable²⁴ producida en cualquier día de ese tramo temporal dentro del cual hayan existido antes, coetánea o posteriormente otras finalizaciones que, unidas a la nueva, lleven a superar el correspondiente umbral.²⁵

La sentencia objeto ahora de atención reproduce un criterio asentado a este respecto y que tantos pronunciamientos judiciales han seguido literalmente a pesar de su poco sofisticada redacción: «producidos unos concretos despidos en un día determinado, mirando hacia atrás habrá de observar si en los precedentes 179 días se han producido otros despidos por el mismo tipo de causas y, además, por la misma causa concreta y, mirando hacia delante, habrá que observar si en los sucesivos 179 se producen otros despidos por el mismo tipo de causas y por la misma causa concreta. Lo cierto es que esta interpretación del supuesto contemplado por el artículo 51.1 del ET al hablar de periodos choca con la literalidad del precepto; en efecto, parece que se refiere a que en todos los periodos sucesivos se trata de nuevas extinciones –en número inferior– sucesivas a previas extinciones –en número superior– producidas en un periodo anterior. Por ejemplo, que en un primer periodo de 90 días se hayan producido 10 o más despidos y en un periodo sucesivo a este se vuelvan a producir extinciones por la misma causa y ya en número inferior [...].

Pero esta interpretación limitaría el alcance de la medida antifraudatoria y la norma parece querer evitar toda actuación fraudulenta. Por ello cabe concluir que en el artículo 51.1, último párrafo, caben ambos supuestos: el que podríamos llamar de "periodos sucesivos entre sí" y el de "periodos sucesivos a uno previo" en que se hubiera producido un despido colectivo».²⁶

Tesis la mentada que, según ya consta,²⁷ no es compartida unánimemente, habiéndose sostenido, respecto de la última consideración, que resulta más que dudoso –dada la interpretación literal llamada a primar– que a un periodo de 90 días puedan seguir otros «sucesivos» si entre una extinción contractual y otra media un periodo superior a tres meses sin extinción computable, entendiendo que el periodo intermedio rompe toda sucesividad²⁸ y, por consiguiente, exigiendo también

²² DEL REY GUANTER, S.: «Los despidos por causas empresariales y fuerza mayor: líneas esenciales de la reforma», en AA.VV. (DEL REY GUANTER, S. y CASAS BAAMONDE, M. E., coords.): *La reforma del Estatuto de los Trabajadores*, Madrid: La Ley, 1994, pág. 192.

²³ STSJ de Cataluña de 7 de julio de 2004 (NSJ043647). «Para evitar fraudes, el último apartado del artículo 51.1 del ET introduce un nuevo factor temporal: el de periodos sucesivos de noventa días. Con lo cual, completando lo dicho anteriormente, resulta que hay que extender aún más la cuenta atrás y la cuenta adelante», STSJ de Andalucía/Málaga de 21 de mayo de 1997.

²⁴ STSJ de Cantabria de 24 de marzo de 1997.

²⁵ STSJ de la Comunidad Valenciana de 9 de mayo de 2006 (NSJ043644).

²⁶ Acudiendo, de nuevo, a la STSJ Andalucía/Málaga de 21 mayo de 1997.

²⁷ Pudiendo recordar el tenor, ya mencionado, de las SSTSJ de Cataluña de 2 de noviembre de 1996 y de 7 de julio de 2004 (NSJ043647).

²⁸ Al respecto, el extenso razonamiento de la STSJ de Andalucía/Málaga de 23 de marzo de 2001 (NSJ043653).

la continuidad en tales tramos temporales²⁹ para poder apreciar la concurrencia del supuesto de hecho previsto en la ley.

III. LA DECLARACIÓN DE NULIDAD RESPECTO DE LAS EXTINCCIONES QUE ALCANZEN LOS UMBRALES DE LOS DESPIDOS COLECTIVOS Y NO SE HAYAN AJUSTADO A SU PROCEDIMIENTO

Precisamente con la intención de impedir que el empresario pueda «eludir las previsiones contenidas» en el artículo 51 del ET, el legislador establece que cuantas extinciones no inherentes a la persona del trabajador se hayan producido en el periodo de 90 días y, obedientes a iguales causas, hubieran tenido lugar durante periodos sucesivos de esos 90 días y supongan que se superan sus umbrales numéricos o porcentuales y no hayan estado o pasado por el procedimiento establecido al efecto, deben ser consideradas como despidos nulos.

Establece que media fraude de ley, al recurrir a un goteo para sortear al cauce legal. Lo hace, no obstante, como una presunción, pues –acudiendo a la doctrina común– procede requerir «que la conducta se haya realizado con ese ánimo de burlar la norma, sin que esa intención devenga inexorable por el mero hecho de que se acrediten despidos por amortización de puestos y debidos a la misma causa en número que solo rebase el umbral exigido para calificarlos como despido colectivo si se cuentan los realizados después de transcurridos 90 días del primero».³⁰ Reflexión efectuada bajo el marco de despidos en periodos sucesivos de 90 días, pero extrapolable a los acaecidos –con las variables mentadas– dentro de ese lapso básico de tres meses.

La naturaleza de la presunción, sin embargo, dista de ser pacífica, pues frente a cuanto mantiene el pronunciamiento arriba reproducido, cabe reseñar la opinión de cuantos aluden a la dificultad probatoria de otra conclusión diversa,³¹ sobre todo en la relación entre los artículos 51 y 52 c) del ET,³² e incluso afirmar su carácter *iuris et iure*, considerando la oportunidad de haber suprimido el elemento intencional referido a que sean realizadas «con el objeto de eludir las previsiones» y, por tanto, «anudando los efectos anulatorios cuando concurren simplemente al resto de requisitos fácticos o elementos objetivos de la tipificación legal, otorgando relevancia al presupuesto objetivo de la identidad causal frente a la intencionalidad defraudatoria».³³

Apreciada la concurrencia del supuesto de hecho descrito, en su operatividad la sentencia separa una doble situación:

²⁹ SSTSJ de Cataluña de 29 de marzo (NSJ043646), 1 y 30 de octubre y 2 de noviembre de 1996.

³⁰ STSJ del País Vasco de 11 de febrero 2003 (NSJ013302).

³¹ ÁLVAREZ CUESTA, H.: «El concepto de despido colectivo», cit., pág. 71.

³² STSJ de la Comunidad Valenciana de 28 de julio de 2000 (NSJ043642).

³³ MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: *El despido colectivo en el Derecho español*, cit., pág. 69.

- A. Si en un único periodo de 90 días se producen sucesivas extinciones que, sumadas, alcanzan las cifras del artículo 51.1 del ET, procede estimar la existencia de un despido colectivo. De no haber seguido el procedimiento previsto en aquel precepto, el tenor del artículo 124 de la LRJS (antiguo art. 124 LPL) es claro: «el órgano judicial declarará nula, de oficio o a instancia de parte, la decisión empresarial de extinción colectiva de contratos de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción [...] en los supuestos en que esté legalmente previsto».

De este modo, «cuando la empresa haya procedido a realizar despidos como plurales o individuales por la vía del artículo 52 c) del ET y haya inobservado el procedimiento del artículo 51, no solamente las nuevas extinciones, sino también las anteriores –que estaban dentro del periodo de 90 días y que, por tanto, constituían un supuesto de despido colectivo y debían determinar la aplicación del correspondiente procedimiento autorizatorio– deben ser declaradas por el órgano judicial, de oficio o a instancia de parte, nulas y sin efecto».³⁴

Este es el caso en presencia: en un plazo de 90 días tienen lugar 9 despidos objetivos por razones empresariales y, con posterioridad, 68 colectivos, siempre invocando las mismas causas, motivo por el cual deben ser sumados los primeros a los segundos para comprobar que se han rebasado los límites del artículo 51.1 del ET, motivo por el cual procederá declarar la nulidad, no de los despidos colectivos (al haber seguido el procedimiento correcto), sino de los 9 objetivos, «puesto que la empresa solo tenía dos opciones ante la situación de crisis, bien tramitar el ERE desde el principio o proceder a las extinciones individuales que considerase oportuno y esperar al menos 90 días para incoar el expediente colectivo por las mismas causas».

- B. Más ardua de elucidar es la situación de despidos objetivos al amparo del artículo 52 c) del ET en periodos sucesivos de 90 días para eludir –por no llegar al umbral requerido en el primero de los periodos– la aplicación del artículo 51.1 del ET. La razón de esta complejidad viene dada porque el literal del precepto parece dar plena validez a los primeros despidos (los cuales podrán ser calificados como procedentes, improcedentes o nulos pero por otro motivo) y considerar que solo las «nuevas extinciones» habrán de ser tenidas como efectuadas en fraude de ley y, por tanto, declaradas nulas y sin efecto.

Con todo, muchos pronunciamientos, como el comentado, discrepan de tal parecer, entendiendo que «considerar nulas por fraudulentas solamente a las nuevas extinciones y no hacerlo con las previamente realizadas choca con la idea misma del fraude cometido. En realidad el fraude resulta de una operación de conjunto que afecta tanto a las nuevas como a las anteriores extinciones; hay fraude porque unas y otras quedan separadas para eludir la exigencia legal de expediente y, por tanto, unas y otras quedan implicadas en la torticera operación empresarial. Ciertamente, si se pretende evitar el fraude, de poco servirá en muchos casos considerar solamente nulas a las nuevas extinciones y admitir la validez intrínseca de las anteriores»³⁵ [...]. Por ello, frente a una lectura literal del precepto, habría

³⁴ El recuerdo, una vez más, del razonamiento contenido en la STSJ de Andalucía/Málaga de 21 de mayo de 1997.

³⁵ Al efecto, se propone el gráfico ejemplo de que en el primer periodo de 90 días se despidan a 9 trabajadores a través del artículo 52 c), y en el sucesivo se despidan solamente a uno más. Esta aparente solución legal daría por buenos los primeros nuevos despidos, pese a que estos constituyan el grueso de la regulación de empleo, mientras que solamente se calificaría de nulo el último, el cual representa un porcentaje menor del conjunto.

que plantear si este no se ha limitado simplemente a aclarar la calificación de las nuevas extinciones, pero sin que ello permita una lectura *a sensu contrario* respecto de la validez de los anteriores. Las reglas generales del Código Civil en materia de fraude deberían llevar más bien a la conclusión del alcance general de la nulidad. Si hay fraude es porque se concluye que las nuevas extinciones no debieron acumularse con las previas, y, por tanto, el conjunto debió quedar sometido a un único y obligatorio expediente administrativo de regulación. Aceptar la literalidad del precepto lleva a aceptar que el fraude solamente se combate a medias [...], lo que resulta contrario a toda lógica».

El viejo *nullum est, nullum effectum producit* extendiéndose a todo el «negocio», sin margen alguno para sanar parte alguna viciada por un propósito contrario en su diseño a lo previsto en la norma, lo cual quedaría perfectamente amparado por la decisión de nulidad contenida en el artículo 122.2 b) de la LRJS [antiguo 122.2 b) LPL], extensiva a cuando la decisión «se haya efectuado en fraude de ley eludiendo las normas establecidas para los despidos colectivos, en los casos a que se refiere el último párrafo del apartado 1 del artículo 51 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores».

Otro elemento de separación último debe ser reseñado entre las dos situaciones diferenciadas:

- A. En el supuesto de despidos producidos dentro del periodo único de 90 días, si las nuevas extinciones obedecen a causas no inherentes a la persona del trabajador (aun cuando en concreto pudieran responder a una especie causal distinta dentro de este particular agrupamiento), tanto las nuevas como las anteriores no amparadas por el artículo 51 del ET habrán de ser declaradas nulas, pues no hace falta acudir al fraude de ley, sino que la nulidad derivará de un acto directamente contrario a la ley.
- B. Por contra, de aludir a despidos sucesivos, la presunción de fraude quedará desvirtuada si concurren a las alegadas y probadas en extinciones anteriores, con virtualidad y eficacia suficientes como para ser consideradas sustanciales o importantes alteraciones en la situación de la empresa, exigiendo no una mera variante, sino un presupuesto original y antes inexistente,³⁶ con toda la relatividad propia de la materia,³⁶ que deja un margen amplio a los órganos judiciales.³⁷

A resultas de lo expuesto, no puede extrañar la presencia de cuanto alguien –con su autoridad– ha denominado «efecto Lázaro», o resurrección del contrato por la posterior comprobación de una actuación empresarial *contra legem* o *in fraus legis* al omitir el procedimiento previsto para el despido colectivo:³⁸ el número o porcentaje de despidos en un plazo dado no constituye un «vale» para especular. Es algo más serio.³⁹

³⁶ STSJ de Cataluña de 1 de octubre de 1996.

³⁷ Según muestra, en el caso concreto, el ejemplo harto ilustrativo seleccionado por AGRA VIFORCOS, B.: «Capítulo II: Organización de la prevención», en AA.VV. (FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J., dir.): *Compendio de doctrina legal en materia de prevención de riesgos laborales*, Valladolid: Junta de Castilla y León, 2006, págs. 32 y ss.

³⁸ MARTÍNEZ GIRÓN, J.: «Notas sobre la eventual resurrección de acciones de despido caducadas», en AA.VV. (GÁRATE CASTRO, J., coord.): *Cuestiones actuales sobre el despido disciplinario (Estudios ofrecidos al profesor Manuel Alonso Olea con motivo de sus investidura como doctor honoris causa por la Universidad de Santiago de Compostela)*, Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela, 1997, págs. 129 y ss.

³⁹ Especialmente sugerente la SJS, núm. 2, de Badajoz de 17 de septiembre de 2004.

Es preciso asumir el brocardo clásico, a tenor del cual *tempus regit factum/actum*; no son de recibo los sueños de Alicia en orden a distribuir los plazos a conveniencia, pues en otro caso el País de las Maravillas pertenecería en exclusiva a algunos, y no a todos.