

EL NÚMERO DE TRABAJADORES AFECTADOS COMO ELEMENTO DETERMINANTE DE LA CONFIGURACIÓN DE LOS DESPIDOS COLECTIVOS

RAQUEL POQUET CATALÁ

Profesora Asociada de la Universidad de Alicante

Extracto:

EN este artículo se estudia, desde un punto de vista doctrinal y jurisprudencial, cómo debe realizarse el cómputo de los trabajadores a efectos de determinar si un despido debe seguir el procedimiento del expediente de regulación de empleo por tratarse de un despido colectivo, o bien, si al no superar el umbral mínimo que exige el artículo 51 del ET, se obviaría éste y se tramitaría como un despido por causas objetivas.

De hecho, es uno de los problemas más importantes que plantea el artículo 51 del ET cuando se refiere al cómputo de los trabajadores, pues la decisión extintiva empresarial puede aparecer envuelta en sombras de fraude de ley con el objetivo de eludir la tramitación del expediente de regulación de empleo.

Además, se hace referencia a la reciente sentencia del Tribunal Supremo que puede suponer un cambio radical en la concepción actual del despido colectivo, al sostener que para calificar una decisión extintiva o no como colectiva es requisito ineludible que concurren causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, es decir, que, aunque se alcancen los umbrales mínimos en cuanto al número de trabajadores afectados para el despido colectivo, si no se acreditan la concurrencia de dichas causas justificadoras, no sería un despido colectivo, sino el individual del artículo 52 del ET.

Palabras clave: despidos colectivos, delimitación y trabajadores afectados.

THE NUMBER OF INVOLVED WORKERS AS A KEY ELEMENT IN THE CONFIGURATION OF THE COLLECTIVE DISMISSAL

RAQUEL POQUET CATALÁ

Profesora Asociada de la Universidad de Alicante

Abstract:

THIS article analyses how the number of involved workers in a dismissal should be calculated, in order to establish whether it must be dealt with a labour force reduction scheme, because it is a collective dismissal, or if it have to be conducted as a dismissal for objective reasons, since the number of involved workers does not exceed the number established by article 51 of the «Estatuto de los Trabajadores».

The calculation of the number of involved workers is one of the most important problems that article 51 of the Estatuto de los Trabajadores raises. The company decision of dismissal could disguise an abuse of the law or fraud of law, with the intention of not applying the labour force reduction scheme.

The article studies the last High Court decision that could imply a radical change in the actual collective dismissal concept, because the High Court decision holds that in order to label a dismissal decision as collective or not it is indispensable that economical, technical, organizational or production causes concur. This means that, although there is the minimum number of involved workers for a collective dismissal is achieved, if the previous causes aren't justified, the dismissal couldn't be qualified as a collective one. Otherwise it should be labelled as an individual dismissal, according to article 52 of the «Estatuto de los Trabajadores».

Keywords: Collective dismissal, calculation of dismissal workers and affected workers.

Sumario

1. Introducción.
2. Requisito cuantitativo.
3. Modalidades contractuales computables.
4. Requisito temporal.
5. Unidad de referencia.
6. Selección de trabajadores afectados.
7. Conclusión.

1. INTRODUCCIÓN

El modelo de relaciones laborales, previsto en la reforma de la Ley 11/1994¹, apostó decididamente por la flexibilización de las relaciones laborales, y una de sus medidas fue la suavización en la salida, es decir, en los despidos. Así, la citada Ley modificó el despido colectivo del artículo 51 del ET que establece como causas justificadoras del mismo las motivadas por circunstancias económicas, técnicas, organizativas o de producción, cuando en un periodo de noventa días afecta a un número mínimo de trabajadores, que varía según la plantilla de la empresa.

De la lectura de la Exposición de Motivos² de la citada Ley se infiere que las claves de la reforma se encuentran en el hecho de que ante una nueva situación económica son necesarias medidas que permitan una mayor competitividad de las empresas españolas en el mercado, lo que en el ámbito laboral se traduce en la necesidad de normas que permitan una mayor flexibilidad en la gestión de los recursos humanos en la empresa. En palabras del legislador es necesario «introducir mecanismos de adaptabilidad equilibradamente repartidos entre las distintas fases de desarrollo de la relación laboral».

Por tanto, nuestro Derecho del Trabajo permite que una empresa que esté inmersa en unas circunstancias económicas negativas pueda prescindir de algunos de sus empleados con la idea de que la reducción de plantilla conducirá al sostenimiento de la empresa y, de esta manera, al mantenimiento del empleo restante.

¹ Los objetivos de esta ley, aunque parezca contradictorio, como explica su Exposición de Motivos eran «proteger el empleo existente y fomentar la creación de empleo», por lo que preveía una adecuación flexible de la gestión de los recursos humanos en la empresa, tanto a la situación económica de la misma como a los cambios del mercado en el que operara, en la búsqueda de la adaptación equilibrada de la empresa.

² La Exposición de Motivos habla de «la progresiva internacionalización de la economía, expresada en fenómenos como el acceso al mercado y la competencia mundial de países hasta entonces alejados del escenario económico, las exigencias de convergencia económica en el contexto europeo, la aceleración del proceso de innovación tecnológica, o los efectos de las fases bajas del ciclo económico. Todos ellos conducen a un nuevo ámbito económico en el que las empresas españolas van a tener que desarrollar su actividad».

De hecho, el ciclo económico negativo actual ha determinado que los despidos colectivos basados en circunstancias económicas hayan experimentado una progresión insólita. Según los datos del Ministerio de Trabajo e Inmigración ³, el número de trabajadores afectados por expedientes de regulación de empleo en el primer trimestre de este año ha ascendido a 182.966, y el número de expedientes de regulación de empleo ha sido de 4.740. Esta cifra supera con creces los 148.000 de todo el año anterior. Si se compara este trimestre con el mismo periodo de 2008, el incremento es del 1.608%. De igual modo, el número de expedientes de regulación de empleo autorizados se incrementó un 575%, hasta sumar 4.740 expedientes. Además, de éstos, los trabajadores afectados por expedientes de regulación de empleo en los que se alegaban causas económicas fueron 82.425, mientras que por causas técnicas fueron 3.933, y por organizativas o de producción 136.903. Por comunidades autónomas, Cataluña, con más de 51.093 trabajadores afectados por expedientes de regulación de empleo, es la comunidad autónoma más perjudicada. Le siguen el País Vasco, Castilla y León, Aragón, Comunidad Valenciana y Madrid, todas ellas por encima de la barrera de los 10.000 expedientes.

Actualmente, y a la luz de dicha reforma, el artículo 51.1 del ET ⁴ exige la concurrencia de una serie de requisitos para que se pueda proceder al despido colectivo, es decir, no son despidos *ad nutum* o sin causa, pero sí que existe una gran flexibilización. Dichos requisitos son diversos: unos cualitativos, otros cuantitativos y otros temporales, siendo objeto de estudio de este trabajo los cuantitativos y los temporales. Y, de éstos, es el cuantitativo el que lo diferencia fundamentalmente del artículo 52 c), referente al despido objetivo por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción. La aplicación de uno u otro artículo es fundamental, puesto que, tal y como señala la doctrina judicial ⁵, «el despido objetivo se lleva a cabo por decisión unilateral y exclusiva del empresario, sin que exista ningún control previo a ese acto extintivo sobre la concurrencia de las causas

³ www.mtin.es/estadisticas/bel/REG/index.htm

⁴ Literalmente, establece que: «1. A efectos de lo dispuesto en la presente Ley se entenderá por despido colectivo la extinción de contratos de trabajo fundada en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, cuando, en un periodo de noventa días, la extinción afecte al menos a:

- a) Diez trabajadores, en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores.
- b) El 10 por 100 del número de trabajadores de la empresa en aquellas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores.
- c) Treinta trabajadores en las empresas que ocupen trescientos o más trabajadores.

Se entenderá que concurren las causas a que se refiere el presente artículo cuando la adopción de las medidas propuestas contribuya, si las aducidas son económicas, a superar una situación económica negativa de la empresa o, si son técnicas, organizativas o de producción, a garantizar la viabilidad futura de la empresa y del empleo en la misma a través de una más adecuada organización de los recursos.

Se entenderá igualmente como despido colectivo la extinción de los contratos de trabajo que afecten a la totalidad de la plantilla de la empresa, siempre que el número de trabajadores afectados sea superior a cinco, cuando aquél se produzca como consecuencia de la cesación total de su actividad empresarial fundada en las mismas causas anteriormente señaladas.

Para el cómputo del número de extinciones de contratos a que se refiere el párrafo primero de este artículo, 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 párrafo c) del apartado 1 del artículo 49 de esta Ley, siempre que su número sea, al menos, de cinco.

Cuando en periodos sucesivos de noventa días y con el objeto de eludir las previsiones contenidas en el presente artículo, la empresa realice extinciones de contratos al amparo de lo dispuesto en el artículo 52, c) de esta Ley en un número inferior a los umbrales señalados, y sin que concurren causas nuevas que justifiquen tal actuación, dichas nuevas extinciones se considerarán efectuadas en fraude de Ley, y serán declaradas nulas y sin efecto».

⁵ STSJ Madrid, de 17 de septiembre de 2007, Ar. 3023. En términos similares se pronuncian las SSTSJ Andalucía, de 15 de septiembre de 2000, Ar. 3509; y La Rioja, de 16 de noviembre de 2006, Ar. 709.

en que tal empresario basa ese despido; el control de la existencia o no de esas causas justificativas del mismo se lleva a cabo, después de que éste ha tenido lugar, mediante el proceso judicial iniciado por virtud de la demanda presentada por el trabajador cesado impugnando ese despido objetivo». Pero la situación que se produce en los despidos colectivos es totalmente diferente, pues «la decisión del empresario de cesar a cada trabajador a consecuencia de un despido colectivo, no se lleva a cabo sino después de haberse realizado y cumplido un conjunto de trámites en los que se ha debatido y negociado, o se ha estudiado con el adecuado detenimiento la concurrencia o no de causas que justifiquen la extinción de los contratos; y también después, o bien de haber llegado a un acuerdo con los representantes de los trabajadores en el que se acepta la existencia de esas causas, acuerdo que pone fin al periodo de consultas y que exige que sea corroborado por la correspondiente resolución de la Autoridad laboral, o bien, si tal acuerdo no se logra, después de que dicha Autoridad estime que concurren las causas citadas y, en consecuencia, lo declare así en la resolución que ponga fin al expediente de regulación de empleo y en ella autorice la extinción de los correspondientes contratos de trabajo. Todo esto pone de relieve que las causas generadoras del despido colectivo han tenido que ser objeto de análisis, examen y tratamiento, y han tenido que ser consideradas existentes y recogidas en los acuerdos con los representantes de los trabajadores y/o en las resoluciones de la Autoridad laboral a que se ha hecho mención, y todo ello antes de que las decisiones extintivas del empresario hayan tenido lugar».

2. REQUISITO CUANTITATIVO

El artículo 51.1 del ET prevé un requisito cuantitativo para proceder a un despido colectivo, respecto del cual se deben diferenciar varias cosas. En primer lugar, cabe hacer referencia al término «*extinción*» que utiliza el citado artículo, el cual tiene un único sentido que es la terminación o finalización de la relación laboral entre trabajador y empresario, por lo que se podría pensar que sólo aquellos procedimientos que conlleven la resolución contractual en el número exigido, podrán ser considerados como de regulación de empleo. No obstante, esta interpretación literal produciría efectos no deseados por la norma, pues sería asistemático que hubiera de desestimarse por el mero hecho de que, en cumplimiento del fin último del periodo consultivo, que no es otro que aminorar los efectos negativos sobre los trabajadores, se hubiera logrado reducir el número de afectados por las extinciones. Por tanto, parece que debe interpretarse en el sentido de que se refiere a los trabajadores en el momento de iniciación del procedimiento, con independencia de las vicisitudes que se produzcan a lo largo de la negociación y del número de afectados que exista al final de la misma.

En segundo lugar, este tipo de despido colectivo puede ser total o parcial. Cuando es total el artículo 51 del ET exige que se extinga el contrato de todos los trabajadores de la plantilla, siempre que sean a partir de seis ⁶, pues, en caso contrario, debe seguirse el procedimiento del despido objeti-

⁶ STSJ La Rioja, de 16 noviembre de 2006, Ar. 709. El TSJ establece que «claramente se desprende que la empresa demandada, en un periodo inferior a noventa días (2 de abril a 23 de junio de 2006), procedió al despido por amortización de puesto por causas económicas de cada uno de los seis trabajadores que integraban la plantilla de la empresa, comportando la cesación total de la actividad empresarial, de manera que los despidos efectuados en el periodo legal de referencia eran más de cinco, lo que impedía la realización de despidos individuales y, como despido colectivo, obligaba a solicitar autorización administrativa tras la tramitación del correspondiente ERE». En el mismo sentido lo entiende la STSJ Madrid,

vo por causas económicas del artículo 52 c) del ET. Cuando se trata de un despido colectivo parcial el artículo 51.1 del ET exige unos mínimos numéricos que varían según la plantilla de la empresa ⁷.

Sin embargo, esta distinción legal de naturaleza cuantitativa tiene una complicada aplicación práctica cuando de la dimensión de la empresa se pasa a considerar el llamado umbral mínimo de afectación del despido colectivo parcial. En principio, tal y como apunta la STSJ de Castilla-La Mancha ⁸, «es fácilmente deducible (del tenor literal del art. 51 ET) que hipótesis extintivas entre 1 y 9 trabajadores en empresas de menos de cien trabajadores, entre 9 y 29 en empresas de 100 a 300 trabajadores e inferiores a 30 en empresas que ocupen trescientos trabajadores como mínimo, quedan fuera del ámbito de aplicación del artículo 51» y, por tanto, han de ser subsumidas en el artículo 52 c) del ET. Los problemas, sin embargo, aparecen en el momento de calificar determinados supuestos extintivos, pues la decisión extintiva empresarial puede aparecer envuelta en sombras de fraude de ley. Así se explica la cautela y acierto con que el legislador ha cuidado de advertir que, para el cómputo de extinciones, se tendrán en cuenta las «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 párrafo c) del apartado 1 del artículo 49 de esta Ley, siempre que su número sea, al menos, de cinco» ⁹.

Por tanto, salvo las extinciones contractuales producidas por la expiración del tiempo convenido o la realización de la obra o servicio objeto de los contratos temporales, que son las únicas que, por declaración expresa del ET, no computan, se trata de determinar cuáles son las extinciones que cuentan, tema debatido por la doctrina y la jurisprudencia. Así, en principio, según el citado párrafo computarían todas las extinciones producidas a iniciativa del empresario por motivos no inherentes a la persona del trabajador, siempre que sean como mínimo cinco.

Además, en relación con este mínimo exigido de cinco, se plantea la duda de si estas extinciones se refieren a que deben ser distintas de los despidos objetivos por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, como se deduciría de una interpretación literal del citado artículo ¹⁰, o bien, se refiere a cinco despidos objetivos por las citadas causas, como se deduciría de una interpretación sistemática del precepto legal en consonancia con la Directiva 98/59 ¹¹.

de 3 de noviembre de 2008, Ar. 2009/53, en un caso en que extinguió por causas objetivas los contratos de trabajo de toda la plantilla, que eran seis, por la vía del artículo 52 c) y no del artículo 51 del ET.

⁷ STSJ Castilla-La Mancha, de 24 de abril de 1997, Ar. 1640, en la cual establece que «el campo de aplicación establecido en el precepto (art. 51.1, párrafo 1.º, inciso segundo) afecta a las hipótesis extintivas en la empresa, proyectadas en un periodo de noventa días, y que se aplicarán cuando menos a diez trabajadores si tuviere menos de cien; al 10 por 100 de los trabajadores en la empresa, si ocuparan entre cien y trescientos; y treinta trabajadores para las empresas de trescientos o más ocupados. Una primera y rápida conclusión sobre los datos dados permite deducir la exigencia de una dimensión mínima de la empresa cuando se trate de producir un despido colectivo parcial. Evidentemente, será aplicable el artículo 51 del Estatuto en los supuestos de empresas que cuenten con 11 trabajadores, y si se pretendiera la extinción total de la plantilla, la dimensión mínima de la empresa exigiría 6 asalariados».

⁸ De 24 de abril de 1997, Ar. 1640.

⁹ El artículo 49.1 c) del ET hace referencia a las extinciones producidas por «expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato».

¹⁰ Así lo entiende GARCÍA FERNÁNDEZ, M., «La extinción de la relación laboral en la Ley 11/94» en *AL*, núm. 30, 1994. pág. 481. También en este sentido se pronunció la STSJ Andalucía, de 9 de junio de 2006, Ar. 41974.

¹¹ GOERLICH PESET, J. M., «Los despidos colectivos», en AA.VV., *Comentarios a las Leyes Laborales: La reforma del Estatuto de los Trabajadores*. Madrid: Edersa, 1994. pág. 125.

Pasando a analizar cuáles son las extinciones computables, se seguirá la enumeración de los posibles tipos de extinción del artículo 49 del ET. En primer lugar, cabe plantearse, las extinciones producidas por mutuo acuerdo. A nuestro juicio, y de gran parte de la doctrina científica ¹² y judicial ¹³, existen razones de peso para dar una respuesta negativa y excluirlas del cómputo, aplicando la analogía con las extinciones producidas en los contratos temporales por la llegada del término final, dado que se puede entender que existe un mutuo acuerdo de las partes, tanto en el momento de contratar como en el de extinguir el contrato.

En segundo lugar, cuando el citado artículo 51 del ET se refiere a las extinciones a iniciativa del empresario, parece que excluye las extinciones producidas a iniciativa del trabajador (abandono, dimisión y resolución del contrato por incumplimiento del empresario, reguladas en el art. 50 ET). Sin embargo, si bien nadie ha cuestionado las dos primeras ¹⁴, respecto de la última, a mi entender y el de la doctrina judicial, sí debería computarse, ya que, aunque responde a la voluntad del trabajador, ésta se produce por un incumplimiento previo del empresario. Así, la STSJ de Castilla-La Mancha ¹⁵ declara que «la resolución del contrato (ex art. 50 ET) debe calificarse como cese computable, porque aunque se produce a iniciativa del trabajador, trae en realidad causa de un incumplimiento del empresario». En cambio, los ceses producidos en virtud de lo dispuesto en los artículos 40.1.4 y 41.3.2 del ET parecen de más difícil catalogación, y se inclina la comentada STSJ de Castilla-La Mancha por una solución negativa «porque responden a una voluntad del trabajador ante una conducta lícita del empresario».

En tercer lugar, en el caso de muerte, jubilación o incapacidad permanente del trabajador parece no haber problema, puesto que se trata de motivos inherentes a la persona del trabajador, aunque en el caso de jubilación del trabajador, si se trata de una jubilación anticipada acordada con el empresario, ésta plantea debate entre la doctrina judicial. Así, una parte ¹⁶ entiende que no entraría dentro del cómputo puesto que «al respecto se pretende destacar como relevante la circunstancia de que la empresa no se hallaba obligada por norma legal o convencional a incentivar la jubilación anticipada de sus trabajadores. Ahora bien, no puede negarse que la jubilación constituiría a priori una causa de extinción del contrato sólo relacionada con la persona del trabajador... La posibilidad de que la empresa llegue a acuerdos con los trabajadores individualmente considerados de modo que se extinga la relación contractual por otra causa legalmente establecida no contraviene las normas que aquí interesan, pues la voluntad del trabajador de pedir la jubilación y cesar en la empresa ha de enten-

¹² BLASCO PELLICER, A., *Los expedientes de regulación de empleo*. Valencia: Tirant lo Blanc, 2009. pág. 33; y SALA FRANCO, T., «Despidos individuales o plurales versus despidos colectivos» en *www.tirantonline.com*, 2009, Tol 1.439.958.

¹³ En el mismo sentido se pronuncian las SSTSJ Cataluña, de 16 de abril de 1996, Ar. 1436; Cataluña, de 23 de abril de 1996, Ar. 2123; Andalucía, de 27 de febrero de 2004, Ar. 110884; y Andalucía, de 15 de marzo de 2004, Ar. 83143.

¹⁴ La STSJ País Vasco, de 23 de septiembre de 2003, Ar. 3802, sostiene que no se produce un despido colectivo porque «aquellos 6 trabajadores causaron baja voluntaria y 3 pasaron a otra empresa del grupo, por lo que ninguno de ellos podría ser incluido a efectos del cómputo de trabajadores despedidos, ya que ni una ni otra de las dos causas de cese que se han reseñado se toman en cuenta por la ley, tal como resulta de lo previsto en el párrafo séptimo del repetido artículo 51.1». Así lo entiende también la STSJ Galicia, de 23 de febrero de 2007, Ar. 204392, al constar «probado que algunos de ellos causaron baja voluntaria en la empresa, lo que los excluye del cómputo para los parámetros del despido colectivo».

¹⁵ De 24 de abril de 1997, Ar. 1640.

¹⁶ STSJ Cataluña, de 16 de abril de 1996, Ar. 1436.

derse incluida entre las causas inherentes a su persona a los efectos del cómputo de los umbrales del despido objetivo».

En cuanto a la extinción producida por muerte, jubilación o incapacidad permanente del empresario, o extinción de la personalidad jurídica de la empresa, siempre que no exista sucesión de empresa, la doctrina se divide. Por un lado una parte de la misma ¹⁷, estima que no entrarían en el cómputo, mientras que otra ¹⁸ considera que sí, puesto que la Directiva 98/59 las incluye en el cómputo, al igual que el caso de fuerza mayor, aunque, en realidad, normalmente, se estará ante un cierre total de la empresa, por lo que no procederá la aplicación de estas reglas de cálculo.

Sin duda, la discusión central aparece en el caso de la extinción producida por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, pues, aunque la mayoría de la doctrina judicial ¹⁹ y científica ²⁰ entiende que sí computan, una parte ²¹ aboga por su no inclusión.

Para el caso del despido disciplinario del trabajador, en principio, cabría entender que deberían excluirse por tratarse de extinciones debidas a motivos inherentes a la persona del trabajador, ya que se trata de incumplimientos imputables al mismo, lo cual, no plantea problemas cuando se trata de despidos declarados judicialmente procedentes o de los no impugnados. No obstante, cuando se trata de despidos improcedentes o nulos, la doctrina judicial no comparte la misma posición. Así, una parte ²² entiende que no computan los despidos disciplinarios en general, otra ²³ sostiene

¹⁷ MONEREO PÉREZ, J. L., *Los despidos colectivos en el ordenamiento interno y comunitario*. Madrid: Civitas, 1994. pág. 62.

¹⁸ SALA FRANCO, T., «Despidos individuales o plurales...» *op. cit.*

¹⁹ SSTSJ Cataluña, de 29 de marzo de 1996, Ar. 1987; Comunidad Valenciana, de 2 de octubre de 2001, Ar. 2266; y Andalucía, de 13 de septiembre de 2002, Ar. 866. En esta última sentencia se analiza el caso de una empresa con una plantilla de nueve trabajadores, de los cuales, despide, por causas económicas conforme al artículo 52 c) del ET, a ocho, y al día siguiente despide al noveno, para evitar así tramitar el expediente de regulación de empleo. El TSJ entiende que dichos despidos son nulos porque debería haber seguido el procedimiento establecido en el artículo 51 del ET. En términos similares se produce en el caso enjuiciado por la STSJ La Rioja, de 16 de noviembre de 2006, Ar. 709, en la que el empresario procede a despedir a tres trabajadores por vía del artículo 52 c) y unos días después a los otros tres trabajadores que quedaban por la misma vía, evitando así el procedimiento del despido colectivo, lo cual, conduce a la nulidad de dichos despidos. En el mismo sentido se pronuncia la STSJ Castilla y León (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 4 de diciembre de 2001, Ar. 84975, en una empresa que contaba con una plantilla de 263 trabajadores y despide a 27, a lo cual, el TSJ interpreta que «el número de trabajadores era de 23, pero que, a efectos de lo dispuesto en el artículo 51.1 del ET, tal y como consta en la memoria aportada, en el periodo de 90 días anteriores a la presentación del expediente se produjeron 4 despidos por motivos económicos, por lo que y en consecuencia no resulta de aplicación el procedimiento previsto en el artículo 52.1 c)» sino que, debería seguirse el artículo 51 del ET.

²⁰ SALA FRANCO, T., «Despidos individuales o plurales...» *op. cit.*

²¹ STSJ Andalucía, de 21 abril de 2005, Ar. 1342. Sostiene el TSJ que «la empresa Andalsa contaba con 102 trabajadores en el mes de mayo de 2004, por lo que, para que las extinciones tuviesen carácter colectivo, las mismas tenían que afectar al menos a 11 trabajadores durante los tres meses anteriores al cese del actor. Consta probado y no se discute que durante dicho periodo de noventa días (desde el 4 de febrero de 2004 hasta el 3 de mayo de 2004) la empresa Andalsa extinguió nueve contratos por causas objetivas y asimismo otros tres contratos por despidos que resultaron improcedentes. Resulta evidente que no se superó el tope máximo legal necesario para considerar las extinciones como de carácter colectivo, pues los tres despidos improcedentes no se pueden computar al no alcanzar el mínimo de cinco exigido por el artículo 51 del Estatuto para poder tener en cuenta las extinciones adicionales producidas por causas o motivos distintos a las objetivas». Así también lo considera la STSJ Cataluña, de 23 de abril de 1996, Ar. 2123.

²² SSTSJ Comunidad Valenciana, de 3 de diciembre de 2002, Ar. 2674; Andalucía, de 21 de abril de 2004, Ar. 74778.

²³ STSJ Cataluña, de 16 de abril de 1996, Ar. 1436. Así lo estima también la STSJ Navarra, de 30 de noviembre de 1996, Ar. 4347, al deducir que el despido de un trabajador calificado por la empresa como disciplinario, en realidad, se trataba de un despido por causas económicas, ya que «así se infiere de la propia conducta empresarial al reconocer la improce-

que sí computan aquellos en los que la empresa acepte un acuerdo en conciliación, y otra ²⁴ aboga por la inclusión del despido reconocido como improcedente cuando se opta por la indemnización.

Respecto de los despidos por causas objetivas del artículo 52 del ET (ineptitud, falta de adaptación del trabajador o absentismo), cabe alegar lo mismo que en el despido disciplinario, excluyendo así las extinciones no impugnadas o las declaradas judicialmente como procedentes, siendo las declaradas improcedentes o nulas las que plantean los mismos problemas que las extinciones por motivos disciplinarios, pues una parte de la doctrina entiende que los despidos reconocidos como improcedentes ²⁵ en el depósito judicial o conciliación sí entran en el umbral ²⁶.

Por último, cabe hacer referencia a la posibilidad planteada, en algunas sentencias, de aplicar la Directiva 98/59 ²⁷ y no el artículo 51.1 del ET. A ello, la doctrina judicial ²⁸ no ha dudado a favor de la normativa nacional, puesto que es más beneficiosa y garantista para los trabajadores por varias razones.

El primer argumento es que «el número de los trabajadores a los que se garantiza la vía del despido colectivo es inferior, o sea, que les es favorable, en general. En efecto, partiendo del periodo de referencia menor (menos de 90 días entre sucesivos despidos), la regulación comunitaria no pro-

dencia del despido en sede de conciliación. En otras palabras, la mera invocación de un despido disciplinario, que no es tal, para justificar que no se superan los umbrales que el artículo 51.1 a) establece para que se siga el procedimiento establecido en dicho precepto para el despido colectivo, no es bastante ni legitima la omisión de aquel "iter administrativo", pues otra solución contraria daría lugar a fáciles maniobras fraudulentas».

²⁴ SSTSJ Castilla-La Mancha, de 24 de abril de 1997, Ar. 1640; Cataluña, de 19 de julio de 1995, Ar. 3118; STSJ Andalucía, de 12 de noviembre de 2007, Ar. 3529. En este caso entiende que los despidos disciplinarios reconocidos como improcedentes haciendo entrega de la indemnización correspondiente sí computan y, por tanto, estima que se ha infringido el artículo 51 del ET al no seguir el procedimiento del despido colectivo.

²⁵ STSJ Islas Canarias, de 14 de febrero de 2006, Ar. 1299. Dicha sentencia estima que los despidos efectuados reconociendo su improcedencia y ofreciendo las indemnizaciones previstas, han de ser enmarcados «claramente en los despidos colectivos regulados en el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores».

²⁶ MARTÍN JIMÉNEZ, R., y MATEOS BEATO, A., «Despido colectivo», en SEMPERE NAVARRO, A. (Dir.), *El despido: aspectos sustantivos y procesales*. Pamplona: Aranzadi, 2004. pág. 411. Así lo estima también la STSJ Andalucía, de 21 abril de 2005, Ar. 1342.

²⁷ Su artículo 1 establece que «a efectos de la aplicación de la presente Directiva:

a) entenderá por "despidos colectivos" los despidos efectuados por un empresario, por uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores, cuando el número de despidos producidos sea, según la elección efectuada por los Estados miembros:

- i) para un periodo de 30 días:
 - al menos igual a 10 en los centros de trabajo que empleen habitualmente más de 20 y menos de 100 trabajadores,
 - al menos el 10% del número de los trabajadores, en los centros de trabajo que empleen habitualmente como mínimo 100 y menos de 300 trabajadores,
 - al menos igual a 30 en los centros de trabajo que empleen habitualmente 300 trabajadores, como mínimo;
- ii) o bien, para un periodo de 90 días, al menos igual a 20, sea cual fuere el número de los trabajadores previstos por la legislación o la práctica de los Estados miembros.

A efectos del cálculo del número de despidos previsto en la letra a) del párrafo anterior se asimilarán a los despidos las extinciones del contrato de trabajo producidos por iniciativa de empresario en base a uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores, siempre y cuando los despidos sean al menos de 5».

²⁸ STSJ Islas Canarias, de 31 de marzo de 2008, Ar. 1251. En el mismo sentido se pronuncia la STSJ La Rioja, de 9 de noviembre 2004, Ar. 3118.

tege a los trabajadores despedidos cuando su centro de trabajo tenga una plantilla inferior a 20 trabajadores, que es el umbral mínimo de protección de la citada normativa comunitaria, mientras que la norma nacional extiende esa protección a partir de diez trabajadores despedidos sin distinguir el número de trabajadores de la empresa, con lo cual los despidos de trabajadores sí están protegidos en la Ley Nacional cuando el número de trabajadores se encuentre entre 10 y 20 y, además, la Ley española contiene la cláusula residual que siempre protege (se entiende, protege al garantizar la vía del despido colectivo) a los trabajadores cuando se les despide a todos y la plantilla supera los cinco trabajadores, protección que no cumple la regulación comunitaria que, como se vio, sólo opera en centros de trabajo de plantilla superior a 20 trabajadores, por debajo de cuyo umbral no hay garantía alguna»²⁹.

Otra razón por la que se aboga por la aplicación de la normativa nacional por favorecer a los trabajadores es la «necesidad de autorización administrativa para los despidos colectivos, lo que constituye una garantía adicional para los trabajadores, que ven doblemente revisada la justificación patronal de la causa, ya que no sólo cuentan con la actividad jurisdiccional, sino que previamente, la empresa ha de acreditarla ante la Autoridad Administrativa».

Y, por último, «aún hay otra ventaja adicional, que es la garantía de indemnización que establece la normativa nacional (en el caso menos favorable, 20 días de salario por año de antigüedad) garantía que la Directiva no impone sino que sólo alude a esa posibilidad»³⁰.

Por todo ello, la normativa nacional es mucho más favorable para los trabajadores que la regulación comunitaria, y, siguiendo lo establecido por la doctrina judicial³¹, podemos destacar como características del despido colectivo, las siguientes: a) «es causal: o sea, debe basarse en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. b) Afecta a un colectivo de trabajadores y no a uno solo. c) Debe venir precedido de un periodo de consultas con los representantes de los trabajadores. d) En todo caso, debe ser objeto de autorización administrativa, que ha de obtenerse a través del procedimiento administrativo regulado en el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores».

Como conclusión, de todo lo expuesto, lo que no ofrece lugar a dudas es que la finalidad perseguida por el precepto es justamente la de evitar que, a través de otras formas de terminación de la relación laboral, a salvo de las expresamente excluidas, se trate de eludir el procedimiento establecido para los despidos colectivos. Así pues lo que el citado precepto viene a señalar es que para el cómputo del número de extinciones se tendrán en cuenta aquellas otras que no obedeciendo a las mismas causas objetivas, lo sean por iniciativa del empresario en virtud de otros motivos no inhe-

²⁹ STSJ Islas Canarias, de 31 de marzo de 2008, Ar. 1251. Continúa señalando el TSJ que «con respecto al periodo de referencia mayor (más de 90 días entre sucesivos despidos) la protección comunitaria es más favorable en un sentido de que ya carece del elemento referencial consistente en el número de trabajadores en la plantilla, pero favorece menos en otro aspecto, que es que continúa sin proteger a los trabajadores despedidos si no alcanzan éstos el número de 20.

Como conclusión, cabe afirmar que la regulación de la citada Directiva no protege en absoluto a los trabajadores cuando su centro de trabajo no alcance a 20 trabajadores, si bien es más favorable sólo en el caso de periodo de referencia inferior a 90 trabajadores (y más de 30, se entiende) en dos casos; en el que los despidos sean entre 10 y 30 trabajadores en empresas de plantilla entre 100 a 300 y en el que los despedidos sean entre 20 y 30 en empresas de plantilla superior a 300».

³⁰ STSJ Islas Canarias, de 31 de marzo de 2008, Ar. 1251.

³¹ STSJ Islas Canarias, de 14 de febrero de 2006, Ar. 1299.

rentes a la persona del trabajador distintos de los previstos en el párrafo c) del apartado 1 del artículo 49, siempre que su número sea al menos de cinco. De modo que no se computarán las «debidas a expiraciones del plazo pactado en los contratos sujetos a término, o a la conclusión de la obra o servicio objeto del contrato, las que traigan causa de la muerte del trabajador o de su invalidez en sus modalidades de total, absoluta o gran invalidez, o las fundadas en su despido disciplinario; mientras que sí que se computarán las extinciones acordadas por la autoridad judicial a instancia del trabajador fundadas en incumplimientos empresariales –art. 50 del ET– y, desde luego, las amortizaciones objetivas del artículo 52 c) del ET»³².

3. MODALIDADES CONTRACTUALES COMPUTABLES

Dentro de este requisito cuantitativo, en base al silencio del artículo 51 del ET, surge el problema en relación a los trabajadores temporales, pues se discute si los trabajadores con contratos de duración determinada, sea de la modalidad que sea, se incluyen o no en el cómputo a los efectos de poder calificar el despido como colectivo.

Entiendo, tal y como así lo prevé la mayoría de la doctrina judicial³³, que computan las extinciones contractuales de todos los trabajadores, con independencia del tipo de vínculo contractual que lo une con el empresario, ya sea a través de un contrato indefinido, temporal, a tiempo parcial, formativo u otro especial, salvo los trabajadores temporales cedidos por empresas de trabajo temporal y los altos cargos directivos. Para el caso de los administradores y socios de las empresas, obviamente, no entran dentro del cómputo puesto que como señala el TSJ País Vasco³⁴, con sólo el hecho de ser socio de la empresa «resulta suficiente para excluir que los servicios que presta a la misma deriven de un contrato de trabajo, al no concurrir los requisitos de ajenidad y dependencia exigibles a estos efectos (art. 1.1 ET)».

³² STSJ Comunidad Valenciana, de 3 de diciembre de 2002, Ar. 2674. Se trataba de un caso en que la empresa «remitió a los trabajadores una carta en la que, tras exponer la situación derivada del incendio sufrido en sus instalaciones, anunciaba una inevitable amortización de puestos de trabajo y ofrecía, previamente a la adopción del tal medida, la posibilidad de acogerse a bajas incentivadas, posibilidad que fue aceptada por cuatro trabajadores entre los días 31 de enero y 4 de febrero de 2002. Posteriormente, en fecha 18 de febrero de 2002, la empresa procedió a extinguir por causas objetivas del artículo 52. c) del ET el contrato de trabajo de otros nueve trabajadores, siete de los cuales son los ahora demandantes». El TSJ entiende que, en el fondo, «las extinciones de contratos producidas por causas objetivas afectaron a trece trabajadores en un periodo de noventa días y, por tanto, excedieron del umbral de los diez trabajadores a que se refiere el párrafo 1.º del artículo 51.1 del ET, por debajo del cual se permite acudir al despido objetivo plural. La interpretación que la sentencia recurrida realiza de lo dispuesto en el párrafo 4.º del precepto controvertido no puede aceptarse, pues conduciría a entender que el umbral del apartado a) no se sitúa en los diez trabajadores sino en quince, lo que supondría una contradicción insalvable entre ambos párrafos del mismo precepto, y sabido es que debe rehuirse toda interpretación de las normas que conduzca al absurdo».

³³ STSJ Cataluña, de 19 de julio de 1995, Ar. 3118. Literalmente establece que «por más que la expresada Directiva aluda a trabajadores habitualmente empleados, la referida autonomía de los Estados miembros en el reforzamiento garantista aboga tal interpretación, además de que, por una parte, tampoco resulta inequívoco el término "habitualmente empleados" utilizado en la norma comunitaria, y por otra, una distinción basada en la condición temporal de la relación de trabajo por oposición a otras de condición fija podría comportar extralimitación interpretativa en cuanto se distinguiría donde la Ley no lo hace, amén de resultar discriminatoria; todo ello abstracción hecha, además, de que tales trabajadores temporales también pueden ser despedidos por causas económicas, lo que convertiría todavía en más forzada tal distinción».

³⁴ Sentencia de 8 de marzo de 2005, Ar. 2094.

En cuanto a los trabajadores con contratos temporales, cabe remarcar que se computan, siempre que la extinción del contrato se produzca antes de que finalice el contrato³⁵. De cualquier modo, el problema se plantea con los contratos temporales encadenados que han sido impugnados judicialmente por la vía del despido, pues en este caso puede emerger un motivo no inherente a la persona del trabajador, puesto que la extinción de la sucesión contractual puede derivar en un despido improcedente o nulo. Ante este dilema, la STSJ Andalucía, de 12 de noviembre de 2007³⁶, opta por incluir en el cómputo del artículo 51.1 del ET las impugnaciones judiciales por la vía del despido de trabajadores temporales con cadenas de contratos no renovadas en el momento de la impugnación. Como se sabe, la integración de estos despidos en el cómputo del citado artículo 51.1 del ET es trascendental porque ello supone que los despidos deben canalizarse a través de un expediente de regulación de empleo, siendo, en caso contrario, despidos nulos por fraude de ley, tal y como prevén los artículos 51 del ET y 124 de la LPL.

La integración del trabajador en continua rotación laboral dentro del cómputo de los despidos colectivos, una vez que la no renovación del contrato se impugna como despido, es una solución con una buena orientación en el objetivo de prevención de abusos en la utilización sucesiva de contratos temporales y que puede argumentarse, como hace la citada STSJ Andalucía³⁷, en que la impugnación vía despido descarta la inclusión en la extinción del artículo 49.1 c) del ET para no efectuar el cómputo. Además, sirve también de apoyo el artículo 15.5 del ET, que considera que los trabajadores con contratos temporales que superan los 24 meses en un periodo de 30 meses se consideran fijos, por lo que, al convertirse en fijo, su despido debe ser contabilizado dentro del despido colectivo³⁸.

No obstante, cuando se trata de contrata, una parte de la doctrina judicial entiende que si se extingue una contrata por finalización de la obra, ello es, a su vez, causa legal de finalización del contrato de trabajo encuadrada en el marco del artículo 49.1 c) del ET, y dicha extinción no queda alterada porque la empresa empleadora concierte después otra contrata con la misma empresa con la misma finalidad, siempre que se trate de otra diferente, para «cuya efectividad, la empleadora podrá o no contratar al trabajador, bien por novación del contrato anterior, bien por la suscripción de uno nuevo y con efectos a partir de la fecha en que se concierte»³⁹.

³⁵ MARTÍN JIMÉNEZ, R., y MATEOS BEATO, A., «Despido colectivo», en SEMPERE NAVARRO, A. (Dir.), *El despido: aspectos sustantivos...* op. cit. pág. 411. Así lo estiman las SSTSJ Cataluña, de 19 de julio de 1995, Ar. 3118; y País Vasco, de 28 de marzo de 2006, Ar. 1806, al considerar que «si del cómputo del número de extinciones de contratos a que se refiere el párrafo primero del artículo 51.1 del ET, se excluyen las previstas en el párrafo c) del artículo 49.1 del ET, es decir, las extinciones de contratos por expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio determinado (así dispone el párrafo cuarto del art. 51.1 ET), dicho alcance debe darse a la extinción del contrato de interinidad del demandante aunque estemos ante un despido colectivo que haya afectado a la totalidad de la plantilla», puesto que dicho despido se produjo al volver a su antiguo puesto el trabajador sustituido.

³⁶ Ar. 3529. Concretamente, en este caso se contabilizan, en 90 días y en una plantilla de 154 trabajadores, 25 y 22 trabajadores con carta de despido disciplinario y reconocimiento de la improcedencia con el depósito de la indemnización y 21 trabajadores con contratos temporales sucesivos no renovados e impugnados judicialmente como despidos.

³⁷ De 12 de noviembre de 2007, Ar. 3529.

³⁸ LAHERA FORTEZA, J., «Cómputo total de la antigüedad en el encadenamiento de contratos temporales con un mismo trabajador y conexión con el despido colectivo nulo por fraude de ley», en *AS*, núm. 83, 2007.

³⁹ STS de 4 de mayo de 2006, Ar. 2398. En el mismo sentido se pronuncia la STSJ Madrid, de 26 de febrero de 2007, Ar. 2658, que estima que se producen dos contrata independientes, y que la terminación de una de ellas pone fin a la relación

4. REQUISITO TEMPORAL

Como es sabido todas estas extinciones analizadas deben contemplarse en un periodo de noventa días, según señala el artículo 51.1 del ET, exigencia legal que tiene una intención clara de reaccionar contra los intentos fraudulentos de dispersar en el tiempo los despidos para así evadir el procedimiento administrativo, mediante el mecanismo de «gotear» sucesivos y reiterados despidos individuales. Tal y como señala la doctrina judicial ⁴⁰, «la intencionalidad de eludir las previsiones legales resulta objetivamente de la mera superación de los umbrales señalados en la ley. Bien es cierto que la empresa cuenta con la posibilidad de acreditar que su actuación es ajena a cualquier intención de eludir fraudulentamente la aplicación de los límites legales, si prueba que los posteriores despidos obedecen a la concurrencia de causas nuevas y diferentes que los justifiquen... La concurrencia de causas nuevas que justifiquen los sucesivos despidos, ha de resultar de la existencia de circunstancias diferentes a las que concurrían en las anteriores extinciones de despido, con virtualidad y eficacia suficientes como para ser consideradas como sustancial o importantes alteraciones de la situación de la empresa que sirvió de causa a los mismos. No puede tratarse de una manifestación de la anterior situación, o una mera variante, sino de la aparición de una nueva y original circunstancia, antes inexistente, que justifique las posteriores extinciones de contrato de trabajo».

El problema interpretativo se plantea en cuándo comienza y cuándo finaliza dicho periodo de noventa días y qué despidos se consideran nulos, a efectos del último párrafo del artículo 51.1 del ET. Según la doctrina judicial ⁴¹, debe entenderse que dicho periodo no se cuenta por trimestres naturales, sino a partir del primer despido objetivo «ex artículo 52 c) del ET», pues «el despido individual/plural ex artículo 52 c) del ET abre un periodo de cómputo tanto hacia delante como hacia atrás para ver si dentro de ese periodo de tiempo se han producido otras extinciones contractuales computables en número suficiente para calificar el despido de colectivo». Por tanto, cuando se produce un despido de este tipo se debe observar si en los ochenta y nueve días anteriores o bien en los posteriores al mismo se ha producido más despidos computables para llegar, de este modo, al umbral numérico que establece el artículo 51.1 del ET.

Cuando la empresa se encuentra en concurso, según el TS ⁴², y aplicando una interpretación literal del artículo 64.10 de la Ley Concursal ⁴³, para el cómputo del periodo de noventa días, debe

laboral y esa circunstancia de que exista causa legal para extinguir los contratos de los trabajadores vinculados laboralmente a la ejecución de la primera contrata eximía de tener que acudir a un expediente de regulación de empleo. Para ello, cita la STS, de 26 de enero de 2001, Ar. 6839, que cuando se decreta el fin de la contrata por la empresa cliente, queda enmarcado en el artículo 49.1 c) del ET.

⁴⁰ STSJ Cataluña, de 30 de octubre de 1996, Ar. 4816. En este caso, se trataba de una empresa con una plantilla de 251 trabajadores que extingue 75 contratos de trabajo amparados, todos ellos, en la misma causa, a lo largo de un año y dos meses. El TSJ entiende que no se vulnera el artículo 51.1 del ET, porque a partir de las 18 extinciones que tuvieron lugar el 30 de junio de 1995 no se producen más extinciones hasta el 30 de noviembre de 1995, con lo que durante el periodo de tres meses que abarcaría del 30 de junio al 30 de septiembre no hubo ninguna extinción y desde el 30 de noviembre al 31 de diciembre no se registra número superior a los umbrales a que se refiere el artículo 51 del ET.

⁴¹ STSJ Cataluña, de 19 de julio de 1995, Ar. 3118. Del mismo modo, lo entienden las SSTSJ Galicia, 24 de enero de 1997, Ar. 166; y Andalucía, de 21 de mayo de 1997, Ar. 1918, al sostener que «producido uno o varios despidos, si en los 89 días anteriores o posteriores se hubieren producido o se producen otros despidos por estas causas u otras extinciones contractuales computables, todas ellas integrarán el despido colectivo»;

⁴² Auto de la Sala de Conflictos del TS, de 21 de junio de 2007, Ar. 314927.

⁴³ Ley 22/2003, de 9 de julio, modificada por el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo.

tenerse en cuenta que las acciones de extinción que se hayan promovido antes de la declaración del concurso no pueden computarse a los efectos de la superación de los citados umbrales, sino que sólo pueden serlo las posteriores a dicha declaración ⁴⁴.

En el supuesto de venta judicial de la empresa, ya sea en su totalidad o en parte, únicamente habrá sucesión de empresa, según el artículo 44 del ET, «cuando lo vendido comprenda todos los elementos necesarios y por sí mismos suficientes para continuar la actividad empresarial». En este último caso, si el nuevo empresario decide no continuar, deberá fundamentarlo en un expediente de regulación de empleo.

En conclusión, y siguiendo la doctrina judicial ⁴⁵, se puede sostener que «la Ley se refiere a "periodos sucesivos" de noventa días, debiendo entenderse que el periodo inicial se abre con el primer despido, debiendo acumularse a éste los sucesivos a los efectos de determinar la legalidad de los despidos que se efectúen con posterioridad. Abundando en la misma opinión, otros autores opinan que, si bien la Ley no establece el *dies ad quem* para el cómputo de dicho periodo de 90 días, en todo caso, este cómputo opera hacia atrás. Se ha dicho que el periodo es la secuencia inmediatamente previa a la decisión de iniciar el procedimiento autorizador de los despidos colectivos. Pero, ello supone que el despido se haya calificado ya como colectivo, por lo que en los supuestos controvertidos parece que hay que tomar como término de referencia el periodo que precede a cada decisión extintiva por causas económicas». Por ello, si dentro de los noventa días, tanto posteriores como anteriores, se han producido despidos por esta causa, habrán de computarse a efectos de la determinación del límite numérico que prevé el citado artículo.

Por último, en relación con la nulidad que prevé el artículo 51.1 del ET para las extinciones contractuales producidas en fraude de ley, ello tiene como objetivo perseguir aquellas actuaciones encaminadas a eludir la aplicación de las reglas «disciplinadoras del despido colectivo, consiguiendo sus efectos con la utilización del cauce que establece el artículo 52 c)». Así, la nulidad que ordena el expuesto precepto sólo afecta a las extinciones contractuales producidas en el último periodo de noventa días, no, por tanto, «a las que tuvieron lugar en periodos anteriores. La razón es clara; dichas extinciones ya estarán consumadas y, de no haber sido oportunamente impugnadas, ya no podrían eficazmente combatirse, dado que habría vencido el plazo que la Ley establece, que es de caducidad» ⁴⁶.

Por tanto, el artículo 51 del ET establece «un primer periodo absolutamente definido, a semejanza de un ciclo completo y cerrado de noventa días en el que está ausente toda idea de sucesividad. Constituye una unidad de tiempo perfecta y autónoma en cuanto no dependiente de evento alguno y respecto a cuyo periodo, por definición, no puede operar el aludido último párrafo, ya que es precisamente éste el tributario del primero. Los periodos sucesivos reclaman necesariamente uno inicial y generatriz y en éste basta la comprobación de que en el discurrir temporal de noventa días se han

⁴⁴ SEMPERE NAVARRO, V. (Dir.), *Medidas Laborales para Empresas en Crisis*, Navarra: Aranzadi, 2009, pág. 408.

⁴⁵ STSJ Cataluña, de 19 de julio de 1995, Ar. 3118.

⁴⁶ STSJ Cataluña, de 19 de julio de 1995, Ar. 3118. Del mismo modo, lo entiende la STSJ Galicia, 24 de enero de 1997, Ar. 166.

extinguido contratos laborales, por las referidas causas y en número superior a los topes, umbrales o límites indicados, para que, objetivamente, y sin necesidad de consideraciones de especie alguna (con abstracción, pues, de cualquier evaluación sobre la intencionalidad empresarial), quede configurado un despido colectivo, a regular por los trámites del artículo 51 del ET y ello en la inteligencia de que basta que la extinción en cuestión se haya producido en un día de los 90, dentro de cuyo periodo hayan existido, antes, coetánea o posteriormente, otras extinciones computables cuya suma supere el correspondiente umbral»⁴⁷.

5. UNIDAD DE REFERENCIA

La unidad de referencia para el cómputo de dichos umbrales numéricos es otro foco de debate entre la doctrina, puesto que se cuestiona si dicha unidad debe ser el centro de trabajo o la empresa, o, en su caso, el grupo de empresas.

El artículo 51.1 del ET, al establecer los umbrales mínimos, hace referencia en todo momento a «empresas», por lo que, en principio, según la doctrina judicial⁴⁸, el cómputo de las extinciones debe efectuarse en relación a la empresa y no a un centro de trabajo. No obstante, la duda se plantea al observarse una discrepancia entre el artículo 51.1 del ET y la Directiva 98/59, ya que ésta se refiere al centro de trabajo. Además, cuando se habla de acreditar la causa que justifica el despido colectivo, la doctrina judicial⁴⁹ entiende, en algunos casos, que la unidad de cómputo puede ser «una unidad económica susceptible de autonomía funcional», como un centro de trabajo.

Ante esta divergencia, la mayoría⁵⁰ no duda en abogar por el artículo 51.1 del ET y entender que la unidad de cómputo debe ser la empresa, pues «la mención legal es inequívoca. Se excluye el centro de trabajo y el grupo de empresa como unidad de cómputo, aunque en supuestos excepcionales el grupo de empresa podría considerarse empresario si se dan los requisitos...; hemos de decir que hipótesis de despido colectivo reconocidas en el Derecho Comunitario no lo son en el español». Es decir, se argumenta⁵¹ que la obligación de los Estados miembros de la Unión Europea no es tras-

⁴⁷ STSJ Cataluña, de 19 de julio de 1995, Ar. 3118. Así lo entiende también la STSJ Andalucía, de 21 de mayo de 1997, Ar. 1918.

⁴⁸ SSTSJ Castilla-La Mancha, de 27 de junio de 1995, Ar. 2600; Cataluña, de 19 de julio de 1995, Ar. 3118; y Castilla-León, de 25 de octubre de 2004, Ar. 3165.

⁴⁹ STSJ Asturias, de 10 de noviembre de 1995, Ar. 4270. Literalmente, esta sentencia declara que el despido por causas económicas se puede aplicar «no sólo a la empresa en sentido amplio, comprensiva de todos los bienes o servicios, sino también a aquellas unidades productivas susceptibles de autonomía funcional aunque no estén funcionando diferenciadamente y estén integrados como una sola empresa, por cuanto la reforma de la Ley 11/1994 regula el despido objetivo como un instrumento coadyuvante para mantener la empresa entendida como soporte de empleo en cuanto el sacrificio de alguno o algunos puestos de trabajo permita la subsistencia de otros».

⁵⁰ STSJ Castilla-La Mancha, de 27 de junio de 1995, Ar. 2600. En el mismo sentido lo entiende la STSJ Cataluña, de 19 de julio de 1995, Ar. 3118.

⁵¹ STSJ Madrid, de 15 de enero de 2007, Ar. 3039. En término similares se pronuncia la STSJ Islas Canarias, de 31 de marzo de 2008, Ar. 1251 que, al comparar la normativa nacional y la Directiva Comunitaria, concluye que se debe aplicar el artículo 51.1 del ET, ya que es más favorable para los trabajadores. Literalmente concluye que «el segundo y más importante efecto favo-

ladar miméticamente el contenido de las Directivas comunitarias a su derecho interno, sino adoptar las medidas legislativas necesarias para asegurar el resultado al que tienden las Directivas y, además la «doctrina ha afirmado, con relación a similar problema planteado por la precedente Directiva 129/1975 que la unidad de cómputo es sin duda la empresa en el derecho español, dado el claro tenor literal de la norma, y teniendo en cuenta además que el cómputo en la empresa cumple mejor la función de garantía, que es la finalidad que persigue la norma comunitaria».

Por tanto, puede entenderse que el artículo 51.1 del ET se refiere de forma inequívoca a la empresa como unidad para el cómputo de los trabajadores afectados, «configurando a la empresa como marco organizativo en el que ha de contabilizarse la plantilla; unidad de cómputo que cumple mejor la función de garantía, como ha señalado la práctica totalidad de la doctrina científica»⁵². Además, la STJCE de 7 de diciembre de 1995 (asunto 449/1993), al interpretar el artículo 1 Directiva 75/129 afirma la noción comunitaria de centro de trabajo, pero este concepto deberá entenderse «según las circunstancias», es decir, relativiza dicho término matizando que se trata de una noción de derecho comunitario cuya traducción en cada versión lingüística nacional incorpora nociones diferentes (centro de trabajo en sentido estricto, pero también la noción de empresa o de unidad local), y de ahí que la noción debe interpretarse «según las circunstancias», por lo que, como ha señalado la doctrina científica, la misma noción comunitaria admite un tratamiento flexible de la misma⁵³.

No obstante, si se tiene en cuenta que cuando se analiza el requisito cualitativo referente a las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, se plantea el mismo problema de si deben éstas proyectarse sobre el centro de trabajo o sobre la empresa, y es doctrina consolidada que cuando se trata de causas económicas éstas deben medirse en relación a la empresa, mientras que si son las técnicas, organizativas o de producción se valoran en relación al centro de trabajo, no veo obstáculo alguno, al igual que parte de la doctrina⁵⁴, para aplicar esta misma doctrina al requisito cuantitativo, y entender que el número de trabajadores afectados cuando se ale-

table de la norma española es que la situación de crisis debe afectar a toda la empresa (STS de 14 de mayo de 1998) y no sólo al centro de trabajo, efecto que la jurisprudencia extiende no sólo a la propia empresa, sino al grupo de empresas (aunque sólo en los supuestos de confusión de plantillas, ex STS de 4 de abril de 2002, y no en los otros ex STS de 23 de junio de 1999) lo que constituye una notable ventaja ya que la causa de crisis económica –como es notorio– es muy fácil de producirse en un centro (crisis de clientela en una zona, pérdida del local por extinción del arrendamiento o, como en el presente caso, por extinción de la concesión, etc.) pero mucho más difícil de extender a toda la empresa, ya que en la mayoría de los casos las pérdidas económicas o causas organizativas pueden ser absorbidas o asumidas por la empresa en sus otros centros de trabajo».

⁵² STS de 18 de marzo de 2009, Ar. 300732.

⁵³ STS de 18 de marzo de 2009, Ar. 300732. Además, añade el TS que la «STJCE de 18 de enero de 2007 (asunto C-385/2005), recuerda que "es preciso señalar que de los artículos 1, apartado 1, y 5, de la Directiva 98/59 se desprende que esta Directiva tiene por objeto establecer una protección mínima en materia de información y consulta de los trabajadores, aunque los Estados miembros podrán adoptar medidas nacionales más favorables para los referidos trabajadores", y la posterior STJCE de 15 de febrero de 2007 (asunto C-270/2005) abunda en lo anterior, razonando que "conforme a su segundo considerando, el objetivo de la Directiva 98/59 es reforzar la protección de los trabajadores teniendo en cuenta la necesidad de un desarrollo económico y social equilibrado en la Comunidad". Pues bien, esto es, precisamente, lo que lleva a cabo nuestra norma nacional, que establece una regulación procedimental más favorable para los trabajadores, no sólo con respecto a la unidad de referencia física (empresa y no centro de trabajo) para el cómputo de los trabajadores afectados, sino también exigiendo a la empresa la justificación de la causa extintiva y la necesidad de la previa autorización administrativa para proceder al despido colectivo (requisitos estos que no establece la norma comunitaria)».

⁵⁴ BLASCO PELLICER, A., *Los expedientes de regulación... op. cit.* pág. 28.

guen causas económicas debe referirse a la empresa y cuando se acrediten causas técnicas, organizativas o de producción el cómputo de los trabajadores puede efectuarse en relación al centro de trabajo.

Por último, también cabe hacer referencia al grupo de empresas como posible unidad de referencia para el cómputo de los umbrales mínimos, por cuanto la doctrina judicial está dividida. En este sentido, la jurisprudencia⁵⁵ ha señalado que «el grupo de empresas a efectos laborales y la consiguiente responsabilidad común o solidaria de sus integrantes respecto a las obligaciones de cualquiera de ellos, ha sido una creación jurisprudencial, para cuya concurrencia no es suficiente el mero hecho de que se constate una dirección unitaria de varias entidades empresariales, pues los componentes del grupo tienen, en principio, un ámbito de responsabilidad propio, como personas jurídicas independientes que son, sino que es necesaria, además, la presencia de alguno de los siguientes elementos adicionales: 1. Funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo (SS. 6 mayo 1981 y 8 octubre 1987). 2. Prestación de trabajo común, simultánea o sucesiva en favor de varias de las empresas del grupo (SS. 4 marzo 1985 y 7 diciembre 1987). 3. Creación de empresas aparentes sin sustento real, determinantes de una exclusión de responsabilidades laborales (SS. 11 diciembre 1985; 3 marzo 1987; 8 junio 1988; 12 julio 1988 y 1 julio 1989). 4. Confusión de plantillas, confusión de patrimonios, apariencia externa de unidad empresarial y unidad de dirección (SS. 19 noviembre 1990 y 30 junio 1993)». Y todo ello teniendo en cuenta que «salvo supuestos especiales, los fenómenos de circulación del trabajador dentro de las empresas del mismo grupo no persiguen una interposición ilícita en el contrato para ocultar al empresario real, sino que obedecen a razones técnicas y organizativas derivadas de la división del trabajo dentro del grupo de empresas; práctica de lícita apariencia, siempre que se establezcan las garantías necesarias para el trabajador, con aplicación analógica del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores». En definitiva, se exige que se aprecie en el grupo una relación vertical de dirección y una dirección unitaria proyectada tanto sobre las relaciones económicas como sobre las empresariales, de modo que, más allá del aspecto jurídico formal entre las empresas aisladamente consideradas, «trascienda una misma realidad económica –fragmentada jurídicamente– proyectada a través del mando de una empresa dominante, en la que reside el poder de dirección, y una situación de dependencia de las restantes, respecto a las relaciones económicas, financieras y laborales»⁵⁶.

⁵⁵ SSTS de 24 de julio de 1989, Ar. 5908; de 22 de enero de 1990, Ar. 180; de 30 de enero de 1990, Ar. 233; de 26 de noviembre de 1990, Ar. 8605; y de 26 de enero de 1998, Ar. 1062. En otras palabras, se puede decir que, los elementos configuradores de la existencia de un grupo de empresa, según la STS de 30 de junio de 1993, Ar. 4939, son, básicamente, «dirección unitaria; confusión patrimonial, incluida la de elementos o medios de producción; prestación de trabajo de manera indiferenciada a las empresas del grupo de manera simultánea o sucesiva; apariencia externa, aunque sea mínima, de unidad; y utilización abusiva de la forma jurídica, en perjuicio de los trabajadores, mediante la separación formal de responsabilidades. En efecto, la jurisprudencia considera que deben concurrir una serie de requisitos para que exista grupo de empresas y que, de no concurrir de forma suficientemente relevante cualquiera de ellos, no cabría establecer una responsabilidad solidaria entre las empresas que pueden conformar el grupo por el sólo hecho de estar ligadas por vínculos de dirección, organización o participación accionarial, muy frecuentes en la realidad socio-económica actual, en la que las exigencias o estrategias de mercado originan situaciones de agrupación de empresas, y no por ello pierden su personalidad jurídica propia e independiente de las demás que puedan integrar o conformar el grupo». Así lo recoge también la doctrina judicial, entre ella, las SSTSJ Andalucía, de 20 de julio de 2000, Ar. 166; y País Vasco, de 15 de febrero de 2005, Ar. 633.

⁵⁶ STS de 30 de diciembre de 1995, Ar. 1003.

En este sentido, y aunque, algunas sentencias analizan la problemática desde el punto de vista del requisito cualitativo, es decir, de la causa justificativa del despido, una parte de la doctrina judicial⁵⁷ entiende que ha de tenerse en cuenta el grupo empresarial y no sólo una filial, y ello, porque «a efectos laborales, empresa (en el sentido que pretende definir el art. 1 ET) es el grupo empresarial. Ya antigua jurisprudencia entendía que ha de conceptuarse como empresario al grupo financiero (STS de 1 de junio de 1978), así como a los grupos de empresas, estén o no situadas en España..., es jurisprudencia reiterada que se ha de reconocer una única relación de trabajo, no escindida por la existencia formal de varias empresas, cuando el grupo que las aglutina actúa efectivamente como ámbito funcional unitario de una determinada relación individual de trabajo». Por el contrario, otra parte de la doctrina⁵⁸ mantiene criterio distinto y entiende que, salvo que existan indicios de actuación fraudulenta en relación con las empresas del grupo, puede tenerse en cuenta a una filial y no a todo el grupo.

6. SELECCIÓN DE TRABAJADORES AFECTADOS

Los despidos colectivos, a diferencia de las demás modalidades de extinción contractual que son de carácter personal, plantean el problema de determinar cuáles van a ser los trabajadores afectados. El ET sólo establece una regla para ello, que es la prioridad de permanencia que tienen los representantes legales⁵⁹ [arts. 51.7 y 68 b) ET].

Este silencio legislativo ha sido interpretado por la jurisprudencia⁶⁰ en el sentido de entender que, a falta de eventuales normas establecidas en la negociación colectiva, corresponde a la empresa la determinación de los trabajadores a despedir, con el único límite de respetar ciertas cláusulas generales, y en especial, la prohibición de incurrir en discriminaciones. Por consiguiente, según el TS⁶¹, sólo en los casos de fraude de ley, abuso de derecho o selección discriminatoria

⁵⁷ STSJ Galicia, de 25 de abril de 1995, Ar. 1516. Así añade que «constituido, pues, el grupo como empresa, o en otros términos, como sujeto del contrato laboral, en cuya virtud recibe los servicios prestados y los remunera, es en él donde hay que residenciar la concurrencia de las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción capaces de justificar la amortización de puestos de trabajo con miras a superar una situación económica negativa de la empresa o a garantizar su viabilidad futura y del empleo en la misma». En el mismo sentido lo entienden las SSTSJ Castilla-La Mancha, de 29 de noviembre de 1995, Ar. 4414; y Asturias, de 26 de abril de 2002, Ar. 1691.

⁵⁸ STSJ Galicia, de 29 de julio de 1995, Ar. 2820.

⁵⁹ Esta preferencia es aplicable tanto a los representantes unitarios, como a los delegados sindicales (art. 10.3 LOLS), a los trabajadores designados para realizar tareas de prevención o integrados en servicios de prevención (art. 30.4 LPRL) y, obviamente, a los delegados de prevención (art. 37.1 LPRL).

⁶⁰ STS de 19 de enero de 1998, Ar. 996.

⁶¹ STS de 19 de enero de 1998, Ar. 996. En el mismo sentido se pronuncian las SSTSJ Cataluña, de 10 de abril de 2007, Ar. 2378; y de 18 de mayo de 2007, Ar. 2467. Esta última enjuicia el despido colectivo de 660 trabajadores de la empresa SEAT y declara que «en el acuerdo de 16 de diciembre de 2005 suscrito por la dirección de la empresa y los representantes de los trabajadores, no se pactó criterio alguno de selección de los trabajadores afectados. Es, por ello, que la empresa gozaba de libertad para designar los trabajadores que iban a resultar afectados por el ERE y el hecho de que las cartas que entregó a los actores hacían referencia a criterios de polivalencia y profesionalidad en función de las necesidades de producción y laborales de la propia empresa, en modo alguno significa que tenga que probar tales criterios, ya que no asumió compromiso alguno en este sentido y, por otro lado, tal prueba resultaría poco menos que imposible en una empre-

«puede entrarse a examinar la corrección del criterio de selección seguido por la empresa, o bien cuando la resolución administrativa o el acuerdo alcanzado con los representantes de los trabajadores hubieran fijado determinados criterios para realizar la selección y la empresa los hubiera infringido»⁶².

Es decir, no cabe duda de que si el despido colectivo autorizado alcanza a toda la plantilla de la empresa, o si en la resolución administrativa se identifica nominativamente, uno por uno, los trabajadores afectados no existe dificultad alguna. Pero el problema surge cuando el despido no afecta a todos los trabajadores de la empresa y en la resolución administrativa no se especifica personal e individualizadamente quiénes son los trabajadores cuyos contratos quedan extinguidos. En estos casos, es totalmente necesario que en la resolución administrativa autorizadora del despido colectivo, se expresen el número y categorías de los trabajadores que vayan a ser afectados y también los criterios que se hayan de tener en cuenta para su determinación e individualización. Por consiguiente, los criterios para determinar los trabajadores incluidos en el despido colectivo, deben recogerse y expresarse en la propia resolución que lo autoriza. Pero si «esa resolución no especifica personal e individualizadamente quiénes son los trabajadores a quienes alcanza ese despido, ni tampoco expresa los criterios o pautas objetivas para llevar a cabo esa especificación, resulta que esa resolución carece de virtualidad para justificar el cese»⁶³. Es más, el TS⁶⁴ entiende que la autorización administrativa no extingue por sí misma los contratos de trabajo, sino que «se limita a autorizar al empre-

sa como SEAT con una plantilla de casi 13.000 trabajadores, lo que exigiría un análisis individualizado de la capacidad laboral de cada uno de ellos».

⁶² Ése fue el caso contemplado por la STS de 25 de noviembre de 2004, Ar. 4035, en la que se estableció que «la libertad con la que, con carácter general, cuenta el empresario para elegir a los trabajadores cuyos contratos de trabajo se extinguen queda limitada y condicionada en el caso de autos a los términos del acuerdo, de manera que no puede declararse la procedencia del despido cuando no sólo no se ha realizado de ninguna forma la valoración de aquellas circunstancias, sino que además en la notificación escrita no se hace la más mínima alusión a tales condicionantes de manera que el trabajador afectado pueda conocer los criterios de esta naturaleza aplicados para su elección». Así, se enjuicia por el JS de Barcelona, en su sentencia de 7 de abril de 2006, Ar. 1818, el caso de una empresa que solicitó autorización para extinguir 1.346 contratos de trabajo, de los 16.352 trabajadores con que contaba, al amparo del Real Decreto 43/1996, y especificando las categorías afectadas y el número: entre hombres y mujeres, 55 directivos, 163 técnicos, 57 administrativos, 1.063 obreros y 8 subalternos, en los 3 centros afectados: Zona Franca, Martorell y Centro Reg. Orig. «Como criterios de selección tenidos en cuenta para designar a los trabajadores afectados se indicaban "criterios de eficiencia y productividad respecto al contenido funcional de los puestos amortizados, excluyendo al personal jubilado parcialmente y a sus relevistas", "criterio de operatividad de los puestos no amortizados". Dentro de los criterios de selección a que hace referencia la memoria que se acompañó a la solicitud del ERE se hacía referencia a la polivalencia en el puesto de trabajo y el rendimiento alcanzado en los últimos tres años, para el personal de Mano de Obra Directa (MOD). Para el personal indirecto, polivalencia técnica del trabajador para realizar distintas tareas y rendimiento del personal durante los últimos tres años. En lo que a estos efectos interesa, la comunicación extintiva parte de la autorización administrativa y se refiere a "las condiciones pactadas por la empresa y los representantes de los trabajadores en los Acuerdos de 16.12.2005". A continuación indica "En cumplimiento de dicha resolución administrativa, y atendiendo a criterios de polivalencia, profesionalidad y reducción proporcional de puestos de trabajo en función de las necesidades de producción y laborales de la empresa, resulta Vd. afectado por el citado Expediente de Regulación de Empleo, por lo que le comunicamos que causará baja en la empresa el 31.12.2005, con derecho a la indemnización y demás condiciones recogidas en los Acuerdos de 16.12.2005"». El JS entiende que la empresa ha infringido la normativa, puesto que la comunicación extintiva no explicita singularmente y de modo individualizado los criterios aplicados, lo cual genera indefensión y lesiona el derecho a la tutela judicial efectiva.

⁶³ STS de 20 de octubre de 2005, Ar. 812.

⁶⁴ SSTS de 12 de febrero del 2003, Ar. 2084, que remite a sus sentencias de 26 de abril de 2002, Ar. 6504; y de 22 de mayo de 2003, Ar. 9427.

sario a hacerlo por sí mismo mediante un ulterior acto de carácter ejecutivo, otorgando, por tanto, una especie de habilitación que remueve el obstáculo legal existente al ejercicio libre del poder organizativo del empresario. Por otra parte, la autorización administrativa no tiene por qué contener una relación nominativa de los trabajadores afectados por la extinción, sino únicamente de los criterios aprobados para adoptar la determinación correspondiente».

Así pues, ante una posible discriminación sindical por el hecho de estar afiliado a un determinado sindicato, se debe tener en cuenta la proporcionalidad entre el número de afiliados al sindicato y los despedidos en relación con los otros sindicatos de la empresa, y también otros factores como el principio de igualdad respecto a los demás trabajadores afectados, sean o no afiliados a un sindicato ⁶⁵.

Cuando lo que se alega es la discriminación por la utilización del criterio de la edad, eligiendo una edad próxima a la de jubilación forzosa, la doctrina judicial ⁶⁶ entiende que «no puede ser tildada de desproporcionada en relación con la finalidad que esa aligeración de plantilla persigue dentro del contexto general de reestructuración de la empresa para garantizar su viabilidad, pues se trata de prescindir de un porcentaje de trabajadores –sin duda importante– de los que necesariamente habría de prescindirse a corto y medio plazo, por lo que conectar la amortización de los excedentes de plantilla con aquellos trabajadores que se encuentran en una edad más próxima a la de jubilación forzosa parece una medida razonable desde esa perspectiva de crisis económica de la empresa –única que cabe considerar a la hora de ponderar la proporcionalidad de la medida en relación con la finalidad que con ella se persigue–, y ello porque el mantenimiento de las relaciones laborales de trabajadores próximos a la edad de jubilación repercutiría negativamente –a corto y medio plazo– en la delicada situación económica de la empresa que, una vez ajustada su plantilla, se vería obligada, casi inmediatamente, a sustituir a esos trabajadores –según fueran llegando a la edad de jubilación forzosa–, con el coste económico añadido que comporta la formación e integración en la empresa de los nuevos trabajadores que se fueran incorporando». Así, la sentencia entiende que no se produce discriminación al estimar razonable que los trabajadores afectados por las medidas de ajuste de plantilla sean aquellos que se encuentran más próximos a la edad de jubilación y, consiguientemente, con unas expectativas laborales muy cortas.

⁶⁵ STSJ Cataluña, de 18 de mayo de 2007, Ar. 2467. El TSJ declara que «quedó probado que en la empresa existe un total de 820 trabajadores afiliados al sindicato CGT, lo que supone el 6,42% de la plantilla. Del total de 645 trabajadores finalmente afectados por el ERE, 179 no están afiliados a ningún sindicato, lo que constituye el 27% de los afectados, 140 están afiliados a CCOO, lo que constituye el 21,71%, 136 a CGT, lo que constituye un 21,09% y 190 a UGT, lo que supone un 29,46%». Además, añade que «ha resultado acreditado que, proporcionalmente, el sindicato más afectado por el ERE ha sido CGT –siendo el sindicato que no firmó el ERE–, dado que aun cuando el mayor número de trabajadores afectados son los afiliados a UGT, existiendo en la plantilla total de la empresa un 6,42% de trabajadores afiliados a CGT, de la totalidad de los afectados al expediente están afiliados a dicho sindicato un 21,09%. No obstante, y pese a dicha falta de proporcionalidad, razona la sentencia que este hecho por sí solo no puede implicar que la extinción de los contratos de todos los afiliados a CGT deba considerarse nula por discriminatoria, por cuanto entran en juego también otros factores y considerarlo así vulneraría a su vez el principio de igualdad respecto a los demás trabajadores afectados, ya sean afiliados a un sindicato o no, por cuanto en tal caso por el único hecho de estar afiliados a dicho sindicato obtendrían una declaración de nulidad de sus despidos, sin valorar ninguna otra circunstancia concurrente, a diferencia de los demás trabajadores afectados».

⁶⁶ STSJ Madrid, (Sala Contencioso-Administrativo), de 14 de marzo de 2005, Ar. 160247. En el mismo sentido lo entiende la STSJ Madrid, (Sala Contencioso-Administrativo), de 1 de junio de 2004, Ar. 197.

La selección de los trabajadores afectados plantea un segundo problema de carácter procedimental, que es el de determinar el momento en que debe realizarse. La normativa también guarda silencio sobre ello, limitándose a indicar que, entre los documentos que deben acompañar a la solicitud del expediente de regulación de empleo, deben incluirse «criterios tenidos en cuenta para designar los trabajadores que vayan a ser afectados»⁶⁷ por el despido. De ello, se puede deducir que tal determinación se tratará en el periodo de consultas y a lo largo de todo el procedimiento administrativo. A este respecto, la jurisprudencia señala que dicha selección se puede realizar en dos momentos diferentes, o bien, en la resolución que pone fin al procedimiento y de forma nominativa⁶⁸; o bien, una vez terminado el procedimiento administrativo y dictada la resolución, será el empresario quien, a través de los criterios fijados en la resolución que pone fin al expediente de regulación de empleo, realizará la selección de los trabajadores afectados⁶⁹. Como indica el TSJ Madrid⁷⁰, cuando la extinción del contrato se produzca al amparo de un expediente de regulación de empleo que no concrete las personas afectadas, el empresario debe comunicar al trabajador los motivos concretos en los que se basa «su inclusión en el ERE pues éstos pueden ser muy amplios y diversos, resultando elemental que el trabajador conozca por qué es él, y no otro, el incluido, y si efectivamente la empresa ha seguido y cumplido para su elección los requisitos visados por la Autoridad Laboral para la extinción. En definitiva, se trata de proporcionar al trabajador de cara a su impugnación y defensa las razones de su elección, eliminando por medio del control judicial motivaciones espurias y ajenas al expediente administrativo». Así, el TS estima que es suficiente con entregar, junto a la carta de extinción del contrato, copia de la resolución administrativa que autoriza el despido colectivo, puesto que, la empresa pone en conocimiento del trabajador las causas de su cese⁷¹.

Dado el silencio legislativo, considero conveniente, al igual que parte de la doctrina⁷², que, por la vía de la negociación colectiva, se introdujesen criterios de preferencia a favor de determinados colectivos, siempre que los criterios estuviesen justificados y no fueran discriminatorios como lo prevén algunos convenios colectivos⁷³, mientras que otros⁷⁴ entienden que no se pueden aplicar otras preferencias distintas a las establecidas legalmente.

⁶⁷ Artículo 6 del Real Decreto 43/1996, de 19 de enero, del Reglamento de los Procedimientos de Regulación de Empleo y de Actuación Administrativa en Materia de Traslados Colectivos.

⁶⁸ STS de 18 de enero de 1999, Ar. 808.

⁶⁹ SSTS de 28 de julio de 1999, Ar. 7485; de 30 de septiembre de 1999, Ar. 7489; y de 5 de octubre de 1999, Ar. 7544.

⁷⁰ STSJ Madrid, de 13 de julio de 2004, Ar. 2867.

⁷¹ STS de 20 de octubre de 2005, Ar. 812.

⁷² FERNÁNDEZ-LOMANA GARCÍA, M., «La extinción de la relación de trabajo por causas económicas, técnica, organizativas o productivas: un análisis jurisprudencial», en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 38, 2002. pág. 292.

⁷³ Así, el Convenio Colectivo Nacional de Autoescuelas, Resolución de 9 de febrero de 2006 (BOE de 24 de febrero de 2006), establece en su artículo 29 que «los trabajadores/as de autoescuela que realicen su labor en ellas de plena dedicación tendrán preferencia de permanencia en la Empresa en el supuesto de una aplicación por ésta de una reducción de plantilla». Mientras que otros convenios se limitan simplemente a recordar la prioridad de permanencia que tienen los representantes de los trabajadores, como lo establece el Convenio Colectivo de la Compañía Castellana de Bebidas Gaseosas, S.A., Resolución de 17 de febrero de 2009 (BOE de 4 de marzo de 2009), cuyo artículo 55 señala que los representantes de los trabajadores «poseerán prioridad de permanencia en la Empresa o Centro de Trabajo respecto de los demás trabajadores, en los supuestos de suspensión o extinción por causas tecnológicas o económicas».

⁷⁴ GOERLICH PESET, J.M., *La extinción del contrato de trabajo*. Valencia: Tirant lo Blanc, 1994. pág. 172.

7. CONCLUSIÓN

Ante la oleada de expedientes de regulación de empleo que se está viviendo desde hace varios meses ⁷⁵, surge una insólita sentencia de nuestro alto tribunal que podría romper con toda la jurisprudencia habida en esta materia. Así, el 22 de enero de 2008 ⁷⁶, el TS declara que los despidos colectivos u objetivos exigen necesariamente para su existencia la concurrencia de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, y que si no existe ni aparece ninguna de estas causas, no puede apreciarse la existencia de dichos despidos. Ello significa que, según el alto tribunal, «para la existencia de un despido colectivo no basta, en forma alguna, con el hecho de que varios trabajadores hayan sido despedidos al mismo tiempo, aunque el número de esos trabajadores supere, incluso con holgura, los topes que fija el artículo 51.1 del ET, sino que, además, es absolutamente preciso que esos ceses sean debidos a alguna causa económica, técnica, organizativa o de producción».

Con este pronunciamiento, se ha desatado la polémica, pues se sitúa al despido colectivo en entredicho al poder eludirse los trámites administrativos, complejos y no baratos, de los expedientes de regulación de empleo si no se alega como causa justificativa una causa económica, técnica, organizativa o de producción, exigencia de la que carece la regulación comunitaria, que sólo se refiere al procedimiento, y a un plazo de negociación que impide la extinción automática de los contratos. A esta ventaja se refería la STSJ Castilla-La Mancha ⁷⁷ en los siguientes términos: «no se vulnera el principio constitucional a la tutela judicial efectiva, ni el "pro operario" del Orden Social del Derecho, con el diferente cómputo y regulación, al ser, ambos tipos de despido causales, con revisión en sede jurisdiccional, no siendo propia del derecho comunitario la autorización administrativa del colectivo y debiendo acreditar la empresa la concurrencia de la causa que justifica el despido de impugnarse su decisión por el trabajador, también en el objetivo. En realidad, al regular la invocada Directiva Comunitaria 75/129, las garantías del despido colectivo, sólo en atención al procedimiento y no en relación a una necesaria justificación causal del mismo, como hace el derecho nacional, estamos ante una regulación nacional más tuitiva para los intereses de los trabajadores, aun referida a la empresa y no al centro de trabajo, pues, en todo caso deberá el empresario justificar la medida en orden a la viabilidad de la empresa y el mantenimiento del empleo, permitiendo el artículo 5 de la Directiva comunitaria, disposiciones nacionales más favorables a los trabajadores».

⁷⁵ Algunos de ellos han sido los de Seat que afectó a 4.700 trabajadores en la fábrica de Martorell; Mercedes Benz de Vitoria que despidió a 2.881 trabajadores; Telefónica Móviles (Movistar) que afectó a 500 personas; Marina d'Or a 214 trabajadores; Nissan de Barcelona a 1.288 y 392 trabajadores; Spanair para despedir a 600 trabajadores en Mallorca; Ford para despedir a 3.000 trabajadores en Almusafes; Pfizer a 800 científicos; Citroën a 800 personas; Ryanair en Valencia a 750 empleados; Arcelor a 400 trabajadores; Delphi a 800 trabajadores; ONO a 1.300 personas; Zeta a 531 trabajadores; o Lladró a 250 trabajadores.

⁷⁶ Ar. 2074. En el mismo sentido se pronuncia en su sentencia de 14 de mayo de 2008, Ar. 4123, que trataba de un caso en que la empresa extingue varios contratos temporales a la llegada de su término final, y son declarados improcedentes por tratarse de contratos temporales en fraude de ley, en número superior al umbral establecido en el artículo 51.1 del ET, y el TS estima que «habida cuenta que los denominados despido colectivo y objetivo que prevén estos preceptos exigen necesariamente para su existencia la concurrencia de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción; si no existe ni aparece ninguna de estas causas no puede apreciarse la existencia de estos particulares despidos».

⁷⁷ De 27 de junio de 1995, Ar. 2600.

Con esta sentencia, se abre la posibilidad de que los empresarios que quieran eludir el *iter* administrativo procedan a extinguir los contratos de sus trabajadores, sea cual sea el número, por vía de despidos disciplinarios reconocidos inmediatamente como improcedentes. Es decir, si una empresa utiliza sólo despidos disciplinarios, siempre que no se produzcan, al mismo tiempo, otros despidos motivados por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, no cabe apreciar la existencia de un despido colectivo. Esta conclusión a la que se llega, no cabe la menor duda de que conduce a que habrá que reflexionar sobre la regulación de los despidos colectivos.