



Grado en Derecho
Facultad de Derecho
Universidad de León
Curso 2018 / 2019.

EL ELEMENTO CAUSAL Y NÚMÉRICO-TEMPORAL EN LOS DESPIDOS COLECTIVOS.

THE CAUSAL AND NUMERICAL-TEMPORAL ELEMENT
IN COLLECTIVE REDUNDANCIES.

Realizado por la Alumna Dña. **María Jesús Ruiz González.**

Tutorizado por el Profesor D. **Juan José Fernández Domínguez.**

Índice

1.- RESUMEN/ ABSTRACT	4
2.-OBJETIVOS.....	6
3.-METODOLOGÍA	7
4.-INTRODUCCIÓN	8
4.1.- DELIMITACIÓN LEGAL Y JUDICIAL DEL CONCEPTO DE DESPIDO COLECTIVO A TRAVÉS DE LA HISTORIA: UNA PRIMERA LECCIÓN A TENER SIEMPRE PRESENTE	8
4.2.- ALCANCE E IDENTIFICACIÓN CUANTITATIVA DE LAS MEDIDAS ADOPTADAS BAJO LA REGULACIÓN ACTUAL.....	11
5. – LA NOCIÓN DE DESPIDO COLECTIVO	16
5.1.- EL ELEMENTO CAUSAL Y SU ACREDITACIÓN	18
• 5.1.1. CAUSAS ECONÓMICAS.....	20
• 5.1.2. CAUSAS TÉCNICAS, ORGANIZATIVAS Y DE PRODUCCIÓN	29
• 5.1.3. CONSECUENCIAS DE LA FALTA DE ACREDITACIÓN CAUSAL	33
5.2.- EL COMPONENTE NUMÉRICO.....	34
• 5.2.1 CONSIDERACIONES GENERALES.....	34
• 5.2.2 EL CONCEPTO DE TRABAJADOR A EFECTOS DEL CÓMPUTO.....	35
• 5.2.3 LA UNIDAD DE CÓMPUTO.....	36
• 5.2.4 EXTINCIONES ACUMULABLES A LAS QUE OBEDECEN A RAZONES EMPRESARIALES: LOS MOTIVOS NO INHERENTES A LA PERSONA DEL TRABAJADOR	37
5.3.- EL ELEMENTO TEMPORAL.....	41
6.- CONCLUSIONES.....	44
7.- BIBLIOGRAFÍA.....	47

1.- RESUMEN

El estudio pretende mostrar cuanto realmente se esconde bajo las exigencias de causa, número y plazo que califican al despido colectivo en el ordenamiento español.

El hecho de acudir a unos términos anfibológicos, como son las razones económicas, técnicas, organizativas y de producción, exigirá a los Tribunales aquilatar las referencias con tiento y, con ayuda de las exigencias previstas en la norma reglamentaria en materia de prueba, ordenar las categorías más salientes.

Ausente cualquier criterio temporal que fije el *dies a quo* y el *dies ad quem* en el cómputo de plazo de noventa días que la norma delimita para el cálculo, tampoco resulta sencillo cuantificar a los afectados que podrían llevar al carácter colectivo de la extinción. Ello ocurre, en particular de presente que tanto la noción de trabajador, como el núcleo de imputación para el recuento, o cuantas extinciones deberán añadirse por “motivos no inherentes a la persona del trabajador”, son supuestos harto problemáticos.

Palabras clave: Despido colectivo, razones empresariales, número de trabajadores, centro de trabajo, plazo para el despido.

ABSTRACT

The study aims to show how much is really hidden under the requirements of cause, number and term that qualify the collective redundancy in the Spanish ordinance.

The use of amphibiological terms, such as economic, technical, organizational and production reasons, will require the Tribunals to carefully assess the references and, with the aid of the requirements laid down in the standard regulations on proof, order the outermost categories.

Absent any temporal criteria set by the *dies a quo* and *dies ad quem* in the computation of 90 days which the standard defines by the calculation. It is also not easy to quantify those affected who could lead to the collective nature of extinction. This is particularly the case in view of the fact that either the notion of worker, or the core imputation for counting, or how many extinctions should be added for "reasons not inherent to the worker's person", they are supposed to be very troublesome.

Key words: Collective redundancy, business reasons, number of workers, place of work, time limit for dismissal.

2.-OBJETIVOS

El estudio cifra su finalidad en alcanzar una triple meta:

1. Comparar la trasposición de la norma europea al ordenamiento español y los notables desajustes apreciables a la luz de cuanto repetidamente está poniendo de relieve el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Requiere de este modo, un manejo fluido en la integración de dos fuentes del Derecho bajo las interpretaciones y correcciones que entre sí realizan los Tribunales estatales y supranacionales.

2. Sobre la base de la lectura integrada a la cual se ha dedicado la primera fase, la aproximación al condicionante causal exigido por el legislador español, frente a los difusos motivos no inherentes a la persona del trabajador a los que alude la Directiva 98/56, llevará a intentar encontrar un sentido propio a las causas económicas, que en este punto se separan del resto y adquieren un perfil mucho más incisivo, no solo en la redacción de la ley, sino en el acopio de material probatorio que se exige para sustentarlas. A su vez, procederá reubicar en su concreta dimensión los motivos técnicos, organizativos y de producción. Toda la labor anterior llevará a una lectura distinta de las mismas causas en función del contexto donde están llamadas a operar, bien sea de flexibilidad “interna” o de “salida”.

3. A la postre, y dado que el factor de imputación último para una mayor exigencia procedimental radica en la dimensión social de la medida, se revisarán con cuidado los cuatro factores que inciden en la misma: los trabajadores que resultan afectados, el contexto dado por el centro de trabajo o la empresa como lugar a considerar, el necesario añadido de otras extinciones que, para evitar la aplicación de la ley, hubieran podido tramitarse por vía distinta y los plazos que permitirán o no acumular extinciones por razones empresariales en un margen temporal dado.

3.-METODOLOGÍA

En tanto quien suscribe carece de los conocimientos más amplios que hubieran podido permitir otro modo de trabajar, la metodología aplicada se funda en el estudio de casos y, a sus resultados, la aplicación de un elemental método inductivo.

De este modo, y de la mano del tutor, fueron seleccionadas aproximadamente unas cien sentencias para su lectura (a partir de la base de datos Westlaw, con las variables de “despido colectivo” referida a “causa”, “número trabajadores” y “plazo”), de las cuales se obtuvieron las categorías fundamentales que dieron vida al esquema de este estudio.

En los supuestos en los cuales, bien por problemas de entendimiento o comprensión, bien por tratarse de aspectos que se consideraban inacabados en su razonamiento, la reflexión no parecía acabada, se consideró oportuno consultar una bibliografía que previamente había sido seleccionada por el tutor.

El tratamiento de la bibliografía debió ser en extremo cuidadosa, pues la ingente cantidad de reformas y cambios de criterio jurisprudencial ha traído consigo que muchos análisis pierdan cualquier virtualidad (salvo como valoración histórica) al poco tiempo de ser publicados. Por este motivo, gran parte de las monografías, artículos o capítulos de libros consultados no han podido ser, siquiera, reseñados.

El ensamblaje final de las ideas obtenidas de las sentencias para integrar la letra de la ley, completadas con el parecer de la doctrina, fue la penúltima de las fases. A ella siguió la redacción del texto y la formulación de conclusiones, redactadas tras una amplia discusión con quien ha dirigido la obra.

4.-INTRODUCCIÓN

Con carácter previo a acometer el objeto propio del estudio, parece de todo punto aconsejable proporcionar unas breves pinceladas sobre el contexto dado por su evolución histórica y entidad cuantitativa y cualitativa.

4.1.- DELIMITACIÓN LEGAL Y JUDICIAL DEL CONCEPTO DE DESPIDO COLECTIVO A TRAVÉS DE LA HISTORIA: UNA PRIMERA LECCIÓN A TENER SIEMPRE PRESENTE

Los primeros antecedentes del marco regulador actual aparecen en la Ley de Jurados Mixtos (art 46), que dota de nuevas acepciones al término fuerza mayor, recogido en el art. 89.5 LCT/1931 como presupuesto habilitante de extinción del contrato de trabajo, e introduce en el vocablo factores exógenos o coyunturales a la actividad empresarial, tales como “cesación de la industria o profesión” o “crisis de trabajo”.

La Ley de 25 de julio de 1935 y el Decreto de 29 de noviembre de 1935 amplían la intervención administrativa a todos los supuestos de fuerza mayor, sea por causas propias o impropias, a fin de observar la concurrencia del motivo argumentado por el empresario.

Es en la LCT/1944 donde, por primera vez, las causas susceptibles de ser alegadas como motivo de tan singular despido (entonces aun no considerado de ningún modo en concreto) aparecen separadas en dos categorías: el art 76.6ª contempla la fuerza mayor, mientras que en el art. 76.7ª recoge el resto de causas impropias; a saber, “cesación de la industria, comercio, profesión o servicio fundada en crisis laboral o económica, siempre que dicha cesación haya sido debidamente autorizada”.

Sobre este último aspecto incide el Decreto 3090/1972, al enumerar (art. 7), de un lado, las “causas tecnológicas o económicas”; de otro, las “técnicas o económicas” (art. 23). Ambos motivos debían ser supervisados por la Dirección General de Trabajo, y para apreciarlos había de concurrir una razón objetiva, de suficiente entidad, real y

actual en el momento de tramitar el expediente¹. Al elenco procedería sumar el despido “objetivo” por amortización de un concreto puesto de trabajo, como novedad recogida en el RD Ley 17/1977.

Tres años más tarde, ante la continua demanda social de unas normas sobre procedimiento que respondieran a los postulados de economía procesal, rapidez y eficacia social, el RD 696/1980 introdujo dos novedades relevantes: en primer lugar, ciñó el supuesto de despido “objetivo” por amortización individualizada de un puesto de trabajo a empresas de menos de 50 trabajadores; en segundo término, introdujo la obligación, para quien pretendiera la extinción de relaciones de trabajo por causas económicas o por motivos tecnológicos, de comunicar simultáneamente por escrito a los representantes legales de los trabajadores afectados y a la autoridad laboral la fecha de comienzo del periodo de consultas, acompañando la documentación justificativa de cuantos hechos estuvieran en disposición de concretar y acreditar la necesidad de la extinción.

La reforma de 1994 introdujo nuevos cambios sustanciales en el modelo descrito, que acercan su regulación a un esquema más semejante al vigente, pues excluyó la autorización en los despidos “menores” y redefinió las causas y los parámetros para su control. En esta misma línea, la reforma de 1997 pretendió constreñir los límites del control judicial, que no se extenderían a medir la conveniencia u oportunidad, sino tan solo la presencia o no de auténtica necesidad.

La aplicación a nivel nacional de la Directiva 92/56/CEE, del Consejo, de 24 de junio, o, en mayor medida, la Directiva 98/29/CE, del Consejo, de 7 de mayo, relativas a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de despidos colectivos, sirve objetivamente como entorno próximo de referencia al cambio sustanciado a través del Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre (RDCPC)². La penúltima reforma en el ordenamiento estatal tiende a ofrecer una mejor acomodación

¹Sobre el significado de estos cuatro rasgos que marcaron toda una época, FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: *Expedientes de regulación de empleo*, Madrid (Trotta), 1993, págs. 51 y ss.

² La reforma ha estado presidida por el concepto de la “flexiseguridad, es decir, promover la flexibilidad del mercado regulador de las relaciones de trabajo con el objetivo de la creación de empleo”, PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: “La versión política 2012 de la reforma laboral permanente. La afectación del equilibrio del modelo laboral”, en GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA J.R. (Dir.): *La regulación del Mercado Laboral. Un análisis de la Ley 3/2012 y de los aspectos laborales del Real Decreto-ley 20/2012*, Valladolid (Lex Nova), 2012, pág. 40.

del Derecho español a la norma comunitaria, “en la medida de lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva 98/59/CE, para alcanzar el resultado que esta persigue” (Exposición de Motivos).

En breve, tres aspectos centrarán los objetivos del legislador dentro de la nueva regulación³:

1.-En lo relativo al nexo causal, resulta indiferente su vinculación o no a una necesidad empresarial de las tradicionalmente contempladas como idóneas, o que simplemente corresponda a una decisión estratégica.

Con ello, la causa pierde cualquiera de los rasgos finalistas que la habían acompañado hasta ese momento (la última se extendía a, mediante los despidos, “garantizar la viabilidad de la empresa y el empleo”), en el entendimiento de que cuanto importa es la presencia del motivo, sin mayor expectativa teleológica.

2.-En cuanto hace a la protección de los trabajadores, vendrá articulada a través de los derechos de información, consulta y participación de sus representantes. A tal efecto, las consultas versarán, como mínimo, sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos, con formulación de medidas alternativas relacionadas con la manera de atenuar sus consecuencias, acudiendo a medidas sociales de acompañamiento destinadas, en especial, a la ayuda prevista para la readaptación o reconversión de los trabajadores despedidos⁴.

3.-La intervención de la autoridad pública (*ex ante*) quedará relegada a una actuación externa a la empresa, ordenada a favorecer posibles soluciones frente a los problemas planteados por los despidos colectivos; por su parte, las atribuciones judiciales (*ex post*) se limitan a revisar el juicio de proporcionalidad⁵ de aquellas

³ El enunciado en BAYLOS GRAU, A.: “El sentido general de la reforma: la ruptura de los equilibrios organizativos y colectivos y la exaltación del poder privado del empresario”, *Revista de Derecho Social*, núm. 57, 2012, págs. 9-18.

⁴ La referencia de tal compendio de elementos de protección en el planteamiento conclusivo de ABRIL LARRÁINZAR, M. P.: *Información, consulta y negociación en el despido colectivo*, Cizur Menor (Thomson/Aranzadi), 2016, pág. 214 y ss.

⁵ No se ha pretendido eliminar “la conexión de funcionalidad, sino su formulación en términos de objetivos futuros de «superación» de la situación negativa o de «preservar/favorecer» la posición competitiva de la empresa en el mercado”, DESDENTADO BONETE, A.: “Los despidos económicos tras la ley 3/2012. Reflexiones sobre algunos problemas sustantivos y procesales”, *Actualidad Laboral*, núm. 17, 2012, pág.1.

decisiones empresariales, extintivas o modificativas, para corregir cuantas muestren una patente desproporción entre el objetivo legalmente fijado y los sacrificios impuestos a los trabajadores⁶.

Algunos de los elementos principales de la incertidumbre procesal se abordaron, en fin, en el cambio legislativo oficiado en agosto de 2013, razón por la que actualmente resulta común admitir que con la reforma se quiso poner fin a cualquier valoración por los órganos judiciales sobre la oportunidad o no de que se efectuaran los despidos colectivos⁷.

Y he aquí la primera lección que ofrece la Historia respecto a este singular instituto: incluso cuando más difuminada aparece su razón de ser a partir del quehacer del legislador, el poder judicial nunca ha abdicado de su labor integradora, poniendo seguridad jurídica en un terreno abonado por la incertidumbre⁸.

4.2.- ALCANCE E IDENTIFICACIÓN CUANTITATIVA DE LAS MEDIDAS ADOPTADAS BAJO LA REGULACIÓN ACTUAL

Mostrar la relevancia del tema elegido dentro de la disciplina del ordenamiento social hace preciso acudir a los datos publicados por los organismos competentes, para así descubrir y describir la incidencia de, y tendencia en, las medidas adoptadas.

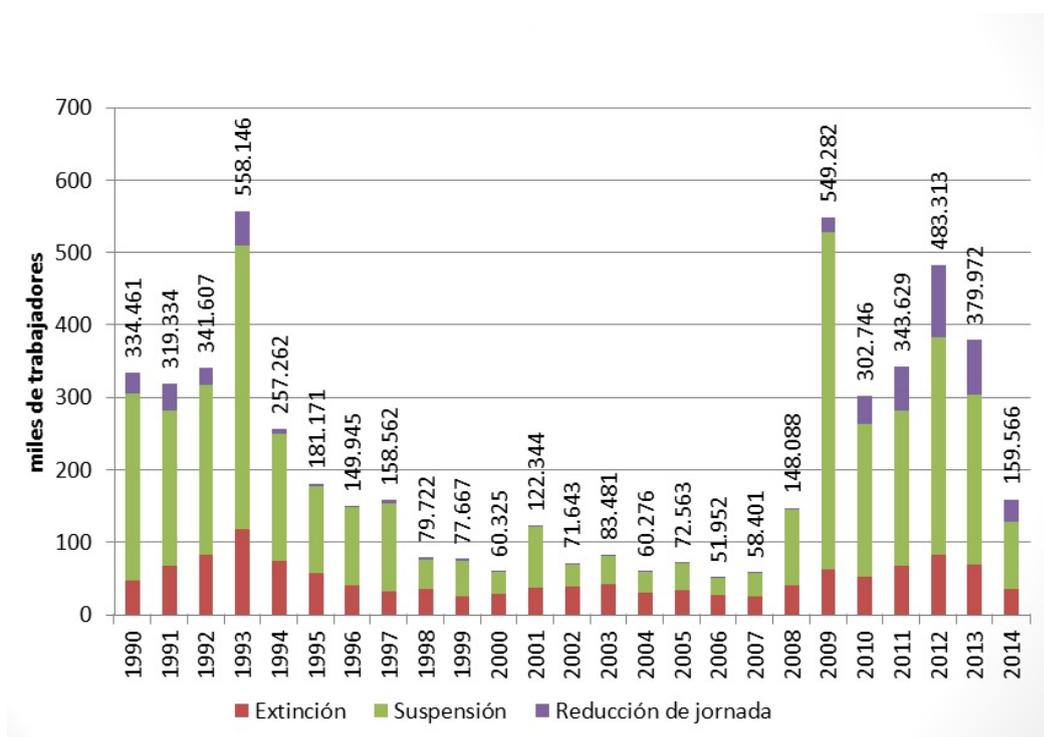
En la primera de las propuestas gráficas realizadas, y dentro de un más amplio espectro (al incorporar datos agregados desde el año 1990 a 2014), cabrá reseñar las elevadas tasas del año 1993, seguidas de las que muestra el año 2009, permitiendo colegir que despido colectivo sirve para signar de manera indeleble la presencia de una crisis económica de apreciables magnitudes.

⁶ “La revisión judicial es la pieza clave de la reforma”, DURÁN LÓPEZ, F.: “Despidos económicos y control judicial”, *Relaciones Laborales*, núm. 12, 2013, pág. 157.

⁷ En efecto, “deducimos que las reformas liberalizadoras tienen la tentación y el propósito de transformar el Derecho del Trabajo en un Derecho de la economía laboral, ORTEGA LOZANO, P.: “Racionalidad económica, rentabilidad empresarial y funciones no jurisdiccionales del intérprete de la norma en el actual modelo extintivo”, *Revista de Información Laboral*, núm. 5, 2018, pág. 19.

⁸ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J.: “Despido colectivo”, en FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J. (Dir.): *Tratado de despido*, Madrid (Wolters Kluwer), 2018, págs. 168 y 169.

TABLA 1.-NÚMERO DE TRABAJADORES AFECTADOS POR UN ERE.



FUENTE: MERCADER UGUINA (2015)⁹.

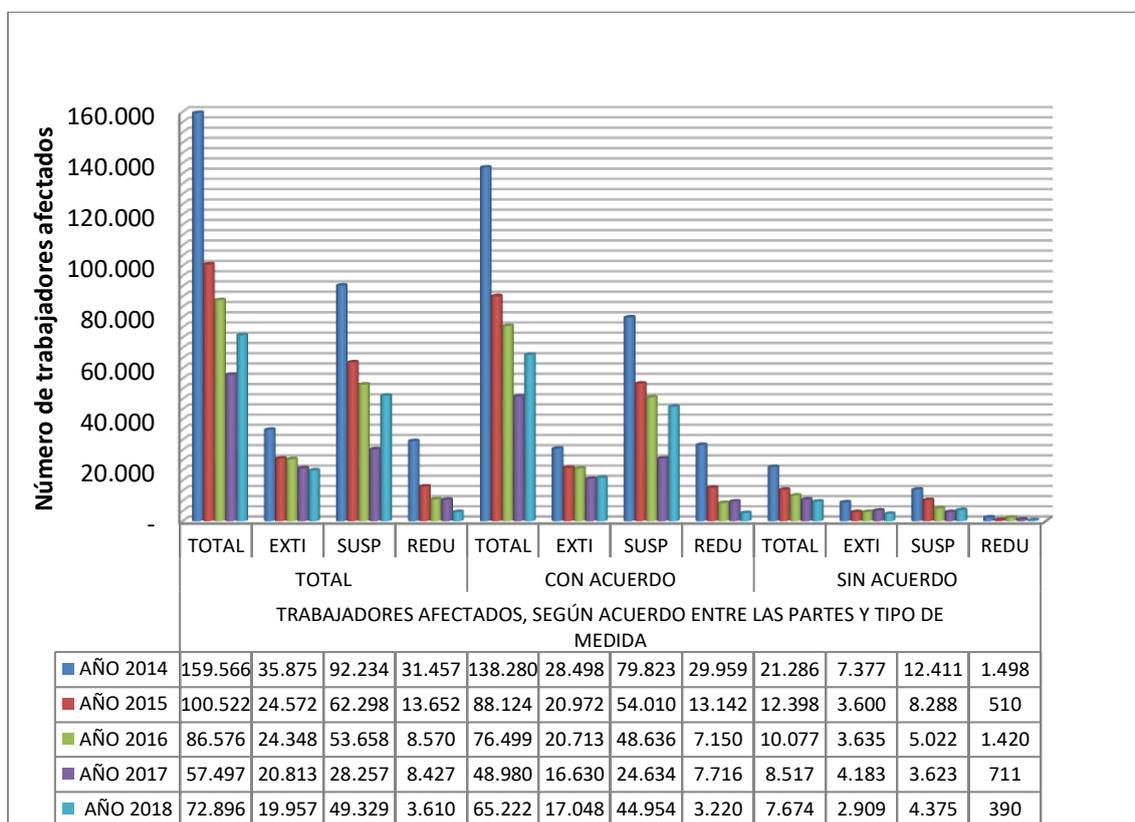
Significativa y persistente es la reducción del número de procedimientos tras la reforma de 2012, que continúa de manera sostenida hasta la actualidad, en sintonía con lo descrito en el informe la OCDE cuando concluye: “la reforma redujo los despidos colectivos en mayor medida que ningún otro efecto visible sobre el despido individual, debido probablemente al aumento de la incertidumbre procesal que se produjo tras la eliminación de la exigencia de contar con una autorización administrativa –y el consiguiente incremento de la inseguridad jurídica–, así como a la ampliación de las circunstancias en las que las empresas que efectúen estos despidos deben pagar un impuesto y llevar a cabo un plan especial de formación y recolocación”¹⁰.

Para corroborar lo afirmado, basta con acudir a los datos oficiales publicados por la Subdirección General de Estadística y Análisis Sociolaborales, dependiente del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social y que figuran en la Tabla 2.

⁹ MERCADER UGUINA, J.R.: “Ponencia los despidos colectivos: evolución de la reciente jurisprudencia”, 2015, en <http://litigiocritico.blogspot.com/2015/08/los-despidos-colectivos-evolucion-de-la.html>.

¹⁰ OCDE: Estudio sobre la reforma laboral, en <https://www.oecd.org/.../OCDE-EstudioSobreLaReformaLaboral-ResumenEjecutivo>.

TABLA 2.-TRABAJADORES AFECTADOS POR TIPO DE MEDIDA Y ACUERDO.



FUENTE: Elaboración propia (a partir de los datos de la Subdirección General de Estadística y Análisis Sociolaborales).

Estos datos permiten alcanzar las siguientes conclusiones:

- 1) Respecto al número de trabajadores afectados por las medidas previstas, y en procedimientos con acuerdo o sin acuerdo, cabrá observar la alta afectación, siendo el año 2014 el que marca el registro más alto, con 159.566 trabajadores. Tendencia en descenso durante los tres ejercicios siguientes, repuntando en 2018 en un 26,8 %, al aumentar las suspensiones de contrato, para presentar tasas de -4,1%, 74,6 y -57,2% sobre el mismo período de 2017.
- 2) La inclinación a alcanzar acuerdos en la adopción de la medida también es

alcista en el último año gracias a las tres posibles medidas analizadas¹¹.

3) Por cuanto hace al inicio del presente ejercicio (cuyas cifras no aparecen reflejadas en el gráfico, al ser trimestrales), y acudiendo a los datos de marzo de 2019, el total de trabajadores afectados ha sido de 16.604, divididos en los siguientes grupos:

- Despidos colectivos: 1.545 (-32,1% respecto al mismo mes del año anterior).
- Suspensión de contrato: 14.905 (226,0% respecto al mismo mes del año anterior).
- Reducción de jornada: 154 (-58,5% respecto al mismo mes del año anterior), con una repetición de la mayor prevalencia en las suspensiones contractuales.

4) El número de procedimientos finalizados con acuerdo representa el 92,7%, frente al 7,3% que lo hizo sin acuerdo¹².

5) De los 24.372 trabajadores afectados, en el primer trimestre de 2019:

- 4.221 (17,3%) lo fueron afectados por despidos colectivos.
- 19.500 (80,0%) por suspensión de contrato.
- 651 (2,7%) por reducción de jornada.

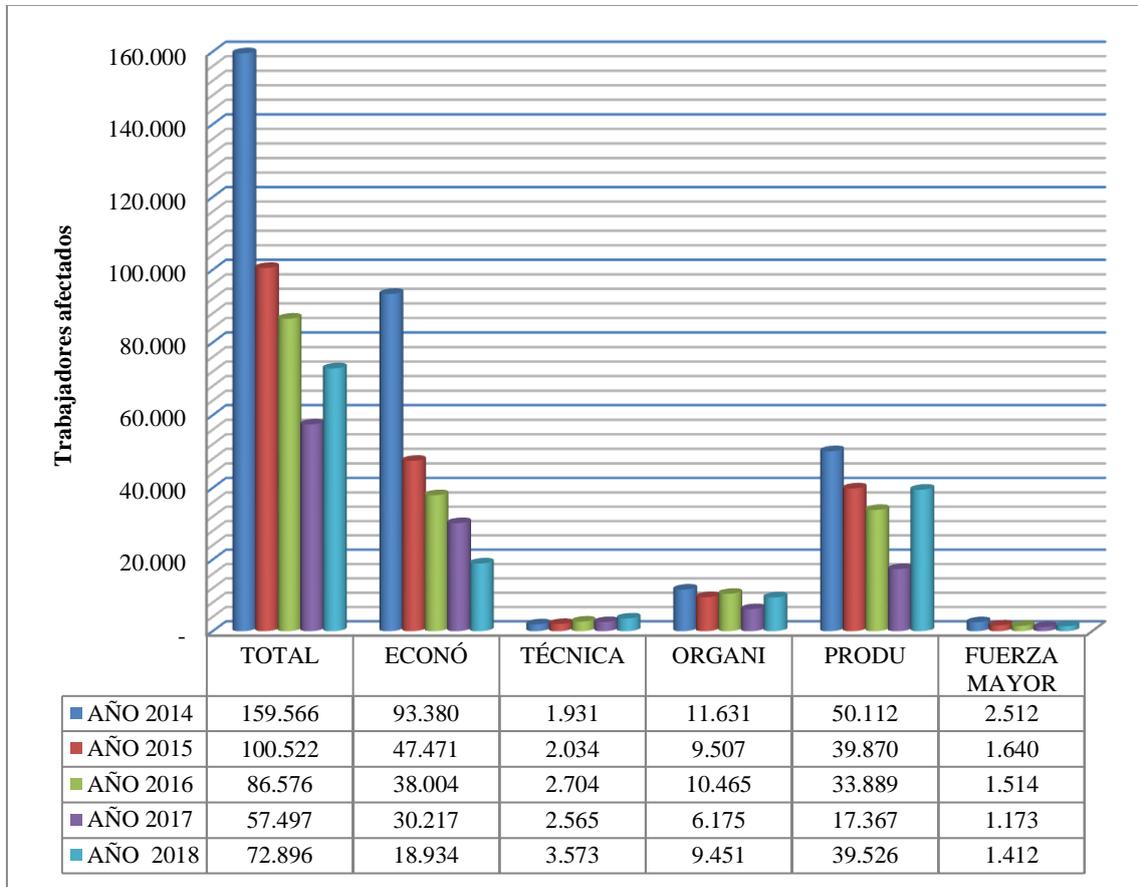
Las tasas resultantes ofrecen un: -24,1%, 149,0% y -55,2% sobre el mismo periodo de 2018.

6) Cabrá observar, por consiguiente, la hegemonía de los motivos económicos, seguidos de los de producción, según muestra la Tabla 3.

¹¹ Corroborando este parecer, ÁLVAREZ MONTERO, A.: “Garantías colectivas de empleo, flexibilidad interna y despido objetivo: ¿Deberes de renegociación versus libertad de empresa?”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social (CEF)*, núm. 430, 2019, págs. 19 -20.

¹² “La media de acuerdos alcanzados en los periodos de consultas permiten concluir, aparentemente, que la reforma ha alcanzado esencialmente sus objetivos”, BODAS MARTÍN, R.: “El rodaje en España de los despidos colectivos: aciertos y disfunciones”, *Iuslabor*, núm. 1, 2018, pág. 1.

TABLA 3.- CAUSAS EMPRESARIALES.



FUENTE: Elaboración propia (a partir de los datos de la Subdirección General de Estadística y Análisis Sociolaborales).

Con todo, menester será apuntar una variación significativa en el año 2018, en el cual las causas productivas alcanzan la primera posición. Orientación que no cabe afirmar si persiste en la actualidad, pues no han sido publicados (al momento de realización del presente trabajo) los datos referidos a este aspecto, aun cuando –y anticipando un parecer desarrollado en el discurso con mayor amplitud- todo parece llevar a semejante conclusión, dada la confluencia de un doble factor: de un lado, la mayor facilidad probatoria; de otro, la limitada capacidad de ponderación por el juzgador ante determinadas medidas empresariales¹³.

¹³ No corresponde a los Tribunales fijar la precisa “idoneidad” de la medida a adoptar por el empresario, ni tampoco censurar su “oportunidad” en términos de gestión empresarial, o sustituir las medidas

5. – LA NOCIÓN DE DESPIDO COLECTIVO

La Directiva 98/59/CE identifica los supuestos de despido colectivo a partir de referencias ambiguas al motivo que los ampara, formulándolo como aquellos no inherentes a la persona del trabajador, lo cual supone una quiebra significativa del principio de causalidad, al no determinar unas circunstancias justificativas concretas.

Esta omisión legal, obediente a la concepción causal que del despido hace la regulación española¹⁴ [tutela del derecho al trabajo a la postre (art. 35 CE)], frente a la inexistencia de tal requerimiento en otros Estados de la Unión Europea, encuentra su necesario correlato en el art. 51.1 ET, al exigir que cualquier extinción colectiva se funde en razones económicas, técnicas, organizativas o de producción.

Una doble consecuencia procede seguir de tal decisión¹⁵: todas las causas aparecen relacionadas con las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio, asentadas, por ende, sobre una raíz común; al tiempo, reproducen bajo idénticos términos cuanto viene a ser el patrón que motivará igualmente la flexibilidad interna a través de medidas de movilidad, modificaciones sustanciales de contrato, suspensiones de la relación laboral o supuestos de inaplicación del convenio colectivo.

Ofrece, de este modo, un curioso ejemplo de anfibología jurídica, pues el mismo adjetivo significará algo distinto en función del sustantivo al que califique, y solo en la flexibilidad externa o de salida (común, por tanto, para despido colectivo y objetivo), o su alternativa de suspensión contractual, encontrará una definición común.

decididas por el empresario en el ejercicio de la libertad económica; al respecto, STS 20 octubre 2015 (Rec. 272/2014) y SAN 19 noviembre 2013 (Proc 293/2013).

¹⁴ “Si nuestro ordenamiento interno se ha preocupado esencialmente de las razones del despido, para el ordenamiento comunitario parece haber primado la trascendencia social de esas medidas de reestructuración de la empresa”, GARCÍA MURCIA, J.: “Las causas de despido colectivo: causas técnicas organizativas y de producción”, en MARTIN GODINO, R. (Dir.): *Tratado de despido colectivo*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2016, pág. 99.

¹⁵ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.:” La aplicación por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de la Directiva sobre despidos colectivos y su repercusión en Derecho español”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 49, 2018, págs. 181 y 183.

Abunda, así mismo, en lo previsto en el art. 4 del Convenio núm. 158 OIT, esto es, en la prohibición de poner término a la relación de trabajo a menos que exista para ello una causa relacionada con la capacidad, conducta del trabajador o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio; respondiendo, por tanto, al conocido como “principio fundamental de justificación”.

El art. 51 ET conforma el grueso en la regulación [completado con el estatuto especial en supuestos de fuerza mayor del art. 51.7 ET, la alusión a la extinción del empleador cuando es una persona jurídica del art. 49.1 g) ET o los despidos por causas empresariales contemplados en el art. 64 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal] del conocido como Expediente de Regulación de Empleo de extinción -ERE-, en contraposición al Expediente de Regulación Temporal de Empleo -ERTE-. Ambos términos tan populares como poco a poco superados por una más precisa referencia a procedimiento, y no expediente, pues nunca podrá ser calificado como tal el itinerario a seguir, ni en el supuesto de extinción, ni en el de suspensión, habida cuenta de que la autoridad laboral carece de cualquier poder decisorio o dirimente en ambos casos.

La disyuntiva entre aplicar un procedimiento extintivo o suspensivo queda atribuida en exclusiva al juicio de oportunidad previamente realizado por la dirección empresarial, con el solo límite de no incurrir en comportamientos antijurídicos, tales como el fraude de ley o el abuso de derecho¹⁶.

Alude el citado precepto a la necesaria concurrencia de dos elementos: las causas que lo justifiquen (económicas en sentido amplio, o empresariales vinculadas al interés de la empresa o al cese actividad empresarial), como aspecto relativo, y la dimensión cuantitativo-temporal (agrupación de extinciones computables en un periodo determinado), como aspecto contingente.

¹⁶ “La medida extintiva se adecuará razonablemente a la intensidad de las causas esgrimidas”, SAN 9 febrero 2014 (Proc. 241/2014).

5.1.- EL ELEMENTO CAUSAL Y SU ACREDITACIÓN

En la delimitación del contenido causal del despido colectivo coexisten disposiciones con carácter de norma básica (art. 1 de la Directiva 98/59), preferentes en su aplicación, aun cuando no sean plenamente coincidentes en su fundamentación (razón por la cual los despidos con causa no deben confundirse con las extinciones de contrato de trabajo “asimiladas”, enumeradas en el artículo apartado 1 párrafo 2º, las cuales serán equiparables a los despidos por falta de consentimiento del trabajador a los solos efectos del cálculo de los umbrales de la letra a del art 1.1.1º, pero sin poder alcanzar el beneficio de las medidas de protección exigidas por el legislador europeo), junto a preceptos de la normativa nacional que introducen referencias precisas y claras a la imperativa conexión de funcionalidad entre motivo y medida acordada.

Así, en el cuadro de exigencias documentales demandadas en cualquier despido colectivo, y con independencia de cuál sea la causa invocada, siempre procederá la alusión concreta a una o más de las establecidas en el elenco legal [art 3.1.a) RDPDC].

Acto seguido, y en paralelo o en lógica correspondencia, la necesidad de una memoria explicativa de la razón alegada (art. 3.2 RDPDC) y un plan de recolocación externo cuando fuere menester (art 9 RDPDC).

En este contexto, la mención al plan de recolocación cobra un sentido final específico desde el punto de vista causal, por cuanto obligará a entender sobre la entidad del fundamento invocado para diseñar todas las medidas destinadas a evitar o reducir los despidos, los cuales habrán de figurar como elemento de convicción, ya en la propuesta inicial, ya -y sobre todo- en el periodo de consultas. Incorporando, a tal fin, la documentación pertinente sobre las medidas que tiendan a reducir los despidos (recolocación interna en la empresa, acciones de formación y reciclaje para la empleabilidad en otro puesto de la entidad o grupo o las distintas medidas de flexibilidad interna a las que alude el art.8.1 RDPDC) o atenuar sus efectos (derechos de reingreso, de recolocación externa o compensatorias de los perjuicios sufridos a tenor de

cuanto prevé el art.8.2 RDPDC)¹⁷.

Con ser esta la documentación-tipo demandada por la norma, la práctica demuestra que el elemento causal pide algo más y que no está recogido en la letra de la ley¹⁸. Estos documentos “innominados” conforman piezas claves para convencer a los interlocutores sociales, a la Administración y, si hubiera a ello lugar, también a los Tribunales¹⁹.

Entre otros compromisos que se pudieran adquirir de este modo figuran, por ejemplo, el ofrecimiento de indemnizaciones superiores a las legales, la suscripción de planes de prejubilación y bajas incentivadas, la prohibición de horas extraordinarias o del pluriempleo o, por no seguir, la transformación de contratos a jornada completa en otros a tiempo parcial.

La documentación preceptiva a facilitar será la establecida en los artículos 3, 4 y 5 RDPDC, esto es, la general exigida para el despido colectivo -ya expuesta- y la específica según sea la razón alegada. Habrá de hacer la aportación, además, en condiciones apropiadas para conocer la situación, formular propuestas o pareceres y, en su caso, valorar la proporcionalidad de las previsiones del despido. Si la información puesta a disposición no permitiera alcanzar razonablemente los fines perseguidos por el período de consultas, la consecuencia sería la nulidad de la medida, a tenor con lo dispuesto en el art. 124.11 LRJS.²⁰, salvo de acreditar que la omisión no impidió al período de consultas alcanzar sus fines²¹, conforme acontece cuando el período concluya con acuerdo²².

En el necesario descenso de las categorías a su oportunidad en la práctica, y en atención la doble conexión funcional, el art. 51.1 ET impone al empresario un período

¹⁷ Sobre esta lectura de los requisitos reglamentarios, RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E.: “El despido colectivo frente a la flexibilidad interna”, *Revista de Derecho Social*, núm. 79, 2017, págs. 41-43.

¹⁸ En cualquier caso, la enumeración reglamentaria de los documentos a aportar no tiene valor *ad solemnitatem*. Por ello, no toda ausencia documental ha de conllevar la declaración de nulidad del despido. Quedará anudada esta drástica consecuencia a la falta de aquellos documentos trascendentes para una negociación adecuadamente informada, en orden a la consecución de un posible acuerdo sobre los despidos y/o medidas paliativas; así lo precisan las SSTs 27 mayo 2013 (Rec. 78/2012) y 18 febrero 2014 (Rec. 74/2013).

¹⁹ Una medida valoración de estos elementos documentales en ALCÁZAR ORTIZ, S.: *El despido colectivo en la empresa*, Cizur Menor (Lex Nova/ Thomson) 2015, págs. 141-147.

²⁰ SAN 28 marzo 2014 (Proc. 44/2012).

²¹ STS 18 julio 2014 (Rec. 313/2013).

²² SAN 18 enero 2016 (Proc. 311/2015).

de consultas con los representantes legales de los trabajadores en el que debe entregarles no sólo la memoria explicativa de las causas del despido colectivo, sino también toda la información necesaria para acreditar cuanto ampara su decisión (art. 51. 2 ET)²³. A tal fin, deberá acreditar fehacientemente que el contrato ha perdido eficacia, pues hay motivos que han incidido en su objeto y causa, aunque la decisión adoptada no sea indispensable, pues el despido ha dejado de ser la *última ratio* de manera imperativa²⁴.

Una de las novedades que introdujo la reforma fue, precisamente, la modificación de la exigencia de contribuir a la consecución de objetivos futuros (favoreciendo o preservando el lugar en el mercado, advirtiendo la evolución negativa o adecuando más idóneamente los recursos organizativos de la empresa), para consolidar su posición competitiva en el mercado y dar una mejor respuesta a las exigencias de la demanda conforme declaró en su día, sin ningún reparo, la Ley 35/2010, de 17 de septiembre.

5.1.1. CAUSAS ECONÓMICAS

La referencia a motivos económicos para adoptar decisiones empresariales presenta una naturaleza poliédrica en función del contexto donde esté llamada a actuar.

Así, viene a ser ignorada en las decisiones que atañen a la movilidad funcional, cuyas medidas solo serán de recibo “si existen, además, razones técnicas u organizativas que la justifiquen y por el tiempo imprescindible para su atención” (art. 39 ET).

Distinto es el panorama por cuanto hace a la modificación sustancial de condiciones de trabajo, donde se contemplan las cuatro causas ordenadas a un mismo

²³ “No prescinde del elemento de causalidad del despido, sino que dota a la definición de las causas extintivas de una mayor objetividad y certidumbre, al evitar la realización de juicios de oportunidad y valoraciones hacia el futuro de incierta materialización”, STC 8/2015, de 22 de enero.

²⁴ “En el actual sistema no existe una automaticidad de la causa que lleve a la extinción de los contratos de trabajo por la existencia de una situación económica negativa, sino que esta situación debe actuar sobre la plantilla de la empresa creando la necesidad de reducir los puestos de trabajo”, DESDENTADO BONETE, A.: “Los despidos económicos tras la reforma de la Ley 3/2012. Reflexiones sobre algunos problemas sustantivos y procesales”, cit., págs. 1792-1794.

propósito. De ese modo, el empresario habrá de acreditar, indistintamente, “razones económicas, técnicas, organizativas o de producción”, que con carácter genérico habrán de estar “relacionadas con la competitividad, productividad, u organización técnica o del trabajo en la empresa” (art 41 ET).

Mismos condicionantes que obrarán para esa modificación sustantiva cualificada, dotada de regulación propia, que es la movilidad geográfica, donde se añade, no obstante, que las razones invocadas pueden encontrar aval, también, en “las contrataciones referidas a la actividad empresarial” (art. 40 ET).

De prestar atención a cuanto recoge el art. 47 ET en materia de suspensión del contrato de trabajo, o hacer lo propio con el despido objetivo [art. 52. C) ET], cabrá comprobar que el legislador cambia la definición y la endurece. Así, pasa a entender que obrarán causas económicas en un doble supuesto, vinculado siempre a “cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación negativa”: de un lado, “la existencia de pérdidas actuales o previstas”; de otro, “la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas”.

La única diferencia que cabrá apreciar entre la medida suspensiva y la extintiva viene dada por el hecho de que la presunción *iuris et de iure* sobre la disminución persistente exigirá comparar: en la suspensión, solo dos trimestres consecutivos del año en curso con los mismos trimestres consecutivos del año anterior (al igual que ocurre, por cierto, con la inaplicación de condiciones previstas en convenio del art. 82.3 ET, pues aun cuando constituya materialmente una modificación, se le aplicarán las reglas causales de la suspensión), mientras que en el caso de la extinción se extiende a tres trimestres consecutivos.

Los motivos concurrentes, en el caso del despido colectivo, aparecen formulados en la doble vertiente apuntada, sin variaciones respecto a las que para el despido objetivo contempla el art. 52 c) ET: de un lado, resultados económicos negativos²⁵, por tanto, pérdidas actuales o previstas; de otro, la disminución persistente de ventas o ingresos ordinarios durante tres trimestres consecutivos.

²⁵ Aspecto que “demuestra que la naturaleza de la causa económica es esencialmente defensiva”, BODAS MARTÍN, R.: “Las causas del despido colectivo: causas económicas”, en MARTÍN GODINO, R. (Dir.): *Tratado de despido colectivo*, cit., pág. 55.

El primero de ellos para hacer referencia a supuestos tales como acumulación de deudas, falta de liquidez e insuficiencia de recursos patrimoniales²⁶; el segundo, en alusión a que no ha de existir de modo imperativo un déficit al instar el procedimiento, pudiendo ser de recibo un despido ante situaciones *de futuro* que estuvieran en disposición de resultar irreversibles y/o hacer inviable el mantenimiento del volumen de empleo²⁷; el tercero en consideración a supuestos de carencia de recursos por reducción radical de la tesorería y activo²⁸ que imposibilitan cumplir con las condiciones legalmente establecidas²⁹.

Estos enunciados, aun cuando más específicos, no dejan de constituir, todavía, unas referencias donde tienen cabida multitud de variantes cuya labor de decantación pesa sobre doctrina y jurisprudencia.

Así, en atención a tal concepto de causa económica en el despido colectivo, se ha considerado, por ejemplo:

1. Que no puede haber lugar a un despido colectivo para intentar obtener beneficios, como pudiera ser toda destrucción de empleo que supusiera una desestabilización, convirtiendo los gastos salariales fijos en variables a partir de la sustitución de contratos indefinidos por temporales³⁰.

Distinto es que se pueda despedir por razones económicas aun cuando el resultado empresarial sea positivo, según ocurre, a modo de muestra, si las aportaciones de la empresa dominante disminuyen, al hacerlo el valor de sus materiales en el mercado³¹, o acaece una caída de la actividad ofertada, sin que se alcance a vislumbrar la posibilidad de revertir la situación.

2. Al lado de las pérdidas actuales, el legislador igualmente admite la especulación mediante la invocación de pérdidas previsibles, aun cuando

²⁶ STS 10 diciembre 2013 (Rec. 549/2013).

²⁷ STS 20 julio 2016 (Rec. 303/2014).

²⁸ STS 20 diciembre 2016 (Rec. 128/2016). La explicación de esta “obra de ingeniería jurídica” en URCELAY LECUE, M.C.: “Despido colectivo encubierto mediante novaciones unilaterales del contrato que rebajan el salario de varios trabajadores”, *Aranzadi Doctrinal*, núm. 11, 2017, págs. 171 y 172.

²⁹ STS 30 mayo 2017 (Rec. 283/2016).

³⁰ STS 21 diciembre 2016 (Rec. 128/2016).

³¹ SAN 18 noviembre 2013 (Rec. 338/2013).

la prueba será más exigente³², asociada a situaciones de cifra de negocios o ingresos en constante reducción³³.

3. En fin, el segundo de los índices al que alude la norma viene referido a una disminución persistente que, al margen de la comparación entre trimestres reseñada, también puede quedar referida a pérdidas netas por amortizaciones, reducción de subvenciones o transferencias, facturación decreciente o descenso reiterado de ingresos³⁴.

La concurrencia de factores económicos y su adecuada fundamentación, impone examinar el modo en el cual ha de acreditarse la concurrencia del motivo económico, que, al margen de la documentación general prevista en el art. 3 RDPDC, habrá de cuidar cuanto de manera específica requiere el art. 4 RDPDC. Los documentos responden al siguiente esquema³⁵:

A. Memoria explicativa

La información a presentar por el empresario incluirá una memoria explicativa destinada a acreditar los resultados de la empresa (art 4.1 RDPDC), de la cual se desprenda una situación económica negativa. Su carácter es absolutamente trascendente, debiendo justificar las razones invocadas y la adecuación de las medidas propuestas, en cumplimiento del deber de información a los representantes de los trabajadores (sus destinatarios primeros, aun cuando también deba ser aportada a la Autoridad Laboral), según recoge el art. 64.4 ET, pues ambas obligaciones están íntimamente relacionadas³⁶.

³²“La previsión de pérdidas habrá de basarse en datos obtenidos a través de las cuentas anuales, de los datos del sector al que pertenece la empresa, de la evolución del mercado y de la posición de la empresa en el mismo o de cualesquiera otros que puedan acreditar esta previsión”, BODAS MARTÍN, R. “Las causas del despido colectivo: causas económicas”, cit., pág. 88.

³³ STS 20 octubre 2015 (Rec.272/2014).

³⁴ STS 20 junio 2018 (Rec.168/2017).

³⁵ Sobre el valor de cada uno de los grupos documentales y su incidencia en la causa, por extenso, MONEREO PÉREZ, J.L. y GUINDO MORALES, S.: “El despido colectivo fundado en causas económicas”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 9, 2018, págs. 1010 y ss.

³⁶ STS 27 julio 2015 (Rec. 210/2014).

B. Acreditación de los resultados

Para demostrar los resultados alegados, el empresario podrá acompañar toda la documentación que a su derecho convenga³⁷, y en particular habrá de aportar las cuentas anuales de los dos últimos ejercicios económicos completos (art 4.2 RDPDC), integradas por:

- Balance de situación.
- Cuentas de pérdidas y ganancias.
- Estado de cambios en el patrimonio neto.
- Estado de flujos de efectivo.
- Memoria del ejercicio e informe de gestión.

O, “en su caso”, es decir, cuando únicamente obre una obligación simple de las descritas en los arts. 257 y 258 RDL 1/ 2010, de 2 de julio, de Sociedades de Capital:

- Cuenta de pérdidas y ganancias abreviada.
- Balance y estado de cambios en el patrimonio neto abreviados.

Las cuentas anuales estarán debidamente auditadas en el caso de empresas obligadas a realizar auditorías.

En las operaciones realizadas entre empresas vinculadas, la tasación de las transacciones deberá efectuarse atendiendo a su valor de mercado (art. 18 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto de Sociedades), entendiendo como tal el acordado por personas o entidades independientes en condiciones de libre competencia³⁸. De afectar a una empresa no sujeta a la obligación de auditoría de las

³⁷ “La solicitud de información complementaria, al igual que cualquier otra intervención, está sometida al principio de buena fe, asociado necesariamente a la consecución de los fines del periodo de consultas”, BODAS MARTÍN, R.: “El rodaje en España de los despidos colectivos: aciertos y disfunciones”, cit., pág. 3.

³⁸ Para aclarar este extremo, RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, L. y BAZ RODRÍGUEZ, J.: “El sistema de información contable en los despidos colectivos”, *Revista Contable*, núm. 40, 2016, pág. 45.

cuentas, deberá aportar declaración de su representante sobre la exención de la auditoría³⁹.

También deben acompañarse las cuentas provisionales⁴⁰. Hacerlo, además, siempre al inicio del periodo de consultas⁴¹, salvo prueba fehaciente sobre la imposibilidad de hacerlo por el empresario, siendo firmadas por los administradores o representantes de quien inicia el procedimiento⁴².

C. Previsión de pérdidas

Si la situación económica negativa alegada es una previsión de pérdidas y solo en tal hipótesis⁴³, el empresario, además de aportar la documentación relacionada anteriormente, deberá informar respecto a los criterios utilizados para tal estimación (art 4.3 RDPDC)⁴⁴.

Habrà de incorporar, a este propósito, un informe técnico sobre el volumen y el carácter permanente o transitorio de la situación⁴⁵, fundado en datos obtenidos a través de las cuentas anuales, del sector al cual pertenece la entidad, de la evolución del mercado, de la posición de la empresa en el mismo, o -en cláusula abierta- de “cualesquiera otros” que puedan servir para acreditar esta situación.

³⁹En un supuesto harto complejo, declara que la empresa ha cumplido tanto con las obligaciones documentales como con el deber de negociar de buena fe durante el período de consultas, ya que, a pesar de no haber entregado las cuentas anuales, aportó abundante documentación que permitió tener conocimiento de la situación económica, no solicitándose en el periodo de consultas otra información complementaria; al respecto, STS 29 septiembre 2015 (Rec. 6313/2015).

⁴⁰. Entendiéndose como tales las reguladas en el art. 254 RDL 1/2010, de 7 de julio: balance, cuenta de pérdidas y ganancias, estado que refleje el patrimonio neto y flujo de efectivos. Descartando, por tanto, la obligación de aportar la memoria, pues la finalidad del documento se suple con la memoria del propio despido colectivo; en este sentido, SAN 28 marzo 2014 (Proc. 499/2013) y STS 20 octubre 2015 (Rec. 272/2014).

⁴¹ STSJ Madrid 24 abril 2013 (Rec. 1159/2013) y SAN 22 octubre 2013 (Proc. 327/2013).

⁴²Procede declarar la nulidad cuando se entreguen sin firmar, sin justificación alguna; contundente en este extremo la SAN 28 marzo 2014 (Proc. 44/2012).

⁴³ STSJ Galicia 7 abril 2017 (Rec. 473/2017).

⁴⁴ El informe técnico se valorará con arreglo a criterios de sana crítica, al tratarse de una prueba de libre apreciación, según recoge la STS 28 enero 2015 (Rec. 87/2014).

⁴⁵Cabrà apreciar la necesaria concurrencia de pérdidas futuras en una empresa que perdió todos sus clientes, o en el caso de perder al cliente principal cuando su incidencia en el volumen de negocio sea definitiva; en tal sentido, STS 25 febrero 2015 (Rec. 74/2014) y SAN 26 octubre 2015 (Proc. 232/2015).

D. Disminución persistente del nivel de ingresos o ventas

Si la situación económica negativa alegada consiste en la disminución persistente del nivel de ingresos o ventas⁴⁶ (sin especificar si las cifras de ventas a considerar son brutas o netas), el empresario deberá entregar a los representantes de los trabajadores y a la Autoridad Laboral, además de la documentación prevista en el art 4.2 RDPDC, la fiscal o contable indicativa de la disminución persistente del nivel de ingresos ordinarios o ventas durante, al menos, los tres trimestres consecutivos inmediatamente anteriores a la fecha de la comunicación de inicio del procedimiento de despido colectivo. También habrá de hacer lo propio con la fiscal o contable acreditativa de los ingresos ordinarios o ventas registrados en los mismos trimestres del año inmediatamente anterior (art 4.4 RDPDC).

Ha sido admitida la concurrencia de causa cuando media una relevante reducción de ingresos y ventas en tres trimestres consecutivos⁴⁷ (no tienen que ser los últimos⁴⁸, pero sí deben arrojar disminuciones en cada uno de los comparados⁴⁹), así como reducciones de ingresos durante 5⁵⁰ o 6⁵¹ trimestres consecutivos, sin necesidad en tal caso de comparación alguna.

Habrà de estimarse concurrente, en cualquier caso, cuando la reducción de ingresos y ventas en los tres últimos trimestres se asocie con una fuerte previsión de pérdidas⁵², pero no en atención a criterio de comparación alguno, si no del motivo más amplio dado por la previsión de pérdidas.

⁴⁶ No es necesario esperar a la actualización de las pérdidas, o a su previsión. Por este motivo, la empresa puede invocarla aunque sus resultados sean positivos, puesto que una merma importante y continuada de ingresos o ventas socavarà inexorablemente aquellos de no tomarse las medidas adecuadas; al respecto, SAN 11 marzo 2013 (Proc 381/12) y STSJ Navarra 24 marzo 2014 (Rec. 220/2013).

⁴⁷ Originadas por la reducción del negocio, según STS 25 febrero 2015 (Rec. 145/2014).

⁴⁸ STS 21 mayo 2014 (Rec. 182/2013).

⁴⁹ STS 28 enero 2014 (Rec. 46/2013) y SAN 10 noviembre 2015 (Proc. 248/2015).

⁵⁰ SAN 18 enero 2016 (Proc. 311/2015).

⁵¹ STS 28 enero 2014 (Rec. 46/2013).

⁵² STS 28 enero 2014 (Rec. 46/2013) y STSJ Asturias 6 noviembre 2015 (Rec. 1969/2015).

E. El supuesto especial de los grupos de empresas

El término grupo de empresas resulta ser ignorado a lo largo y ancho de toda la normativa de trabajo. Sin embargo, aparece precisamente en el despido colectivo y, a efectos de responsabilidad laboral (por tanto, sin relación alguna con el concepto grupo de sociedades)⁵³, requiere de manera imperativa observar los siguientes elementos (la enumeración no es acumulativa)⁵⁴:

a) Funcionamiento unitario con confusión de plantillas.

En los supuestos de prestación de trabajo “indistinta” o conjunta para dos o más entidades societarias de un grupo se asiste a una única relación de trabajo, cuyo titular es el grupo en su condición de sujeto real y efectivo de la explotación unitaria por cuenta de la que prestan servicios los trabajadores .Situaciones a integrar en el art. 1.2. ET, que califica como empresarios a las “personas físicas y jurídicas” y, también, a las “comunidades de bienes” que reciban la prestación de servicios de los trabajadores.

b) Confusión patrimonial.

Este elemento “no hace referencia a la pertenencia del capital social, sino a la pertenencia y uso del patrimonio social de forma indistinta, lo que no impide la utilización conjunta de infraestructuras o medios de producción comunes, siempre que esté clara y formalizada esa pertenencia común o la cesión de su uso”; y “ni siquiera existe por encontrarse desordenados o mezclados físicamente los activos sociales, a

⁵³ Con frecuencia se alude al “grupo patológico”, que según jurisprudencia reiterada es la especie cualificada del género de “empresa de grupo” o “empresa grupo”, pues precisa la concurrencia adicional de abuso, fraude u ocultación a terceros; en este sentido, SSTS 20 octubre 2015 (Rec. 172/2014), 31 octubre 2017 (Rec. 115/2017) y 10 noviembre 2017 (Rec. 3049/2015).

⁵⁴ Doctrina reiterada de la sala recogida en las SSTS 20 junio 2018 (Rec. 168/2017) y 11 julio 2018 (Rec. 81/2017).

menos que no pueda reconstruirse formalmente la separación”.

c) Unidad de caja.

Factor adicional que supone el grado extremo de la confusión patrimonial, hasta el punto de que se ha sostenido la conveniente identificación de ambos criterios. Hace referencia a cuanto la doctrina ha calificado como “promiscuidad en la gestión económica”, y que al decir de la jurisprudencia alude a la situación de “permeabilidad operativa y contable”. Por este motivo no puede ser identificado con las novedosas situaciones de *cash pooling* entre empresas del mismo grupo, en las que la unidad de caja es meramente contable y no va acompañada de confusión patrimonial alguna, al tratarse de una gestión centralizada de la tesorería para grupos de empresas, con las correspondientes ventajas de información y de reducción de costes.

d) Utilización fraudulenta de la personalidad.

Apunta a la “creación de empresa aparente”. Concepto íntimamente unido a la confusión patrimonial y de plantilla y que alude al fraude en el manejo de la personificación, que es lo que determina precisamente la aplicación de la doctrina del “levantamiento del velo” en supuestos en los que -a la postre- puede apreciarse la existencia de una empresa real y otra que sirve de “pantalla” para aquélla.

e) Uso abusivo de la dirección unitaria.

La legítima dirección unitaria puede ser objeto de abusivo ejercicio (determinante de responsabilidad solidaria) cuando se ejerce anormalmente y causa perjuicio a los trabajadores, como en los supuestos de actuaciones en exclusivo

beneficio del grupo o de la empresa dominante.

La correcta calificación como grupo de sociedades “fisiológico” o grupo de empresas “patológico” presenta un relieve importante, pues el grupo de empresas vertical, esto es, cuando una sociedad tiene posición dominante sobre la otra a tenor de los arts. 42 a 49 Código de Comercio, viene obligada a formular cuentas consolidadas, debiendo acompañar las cuentas anuales e informe de gestión consolidado de la sociedad dominante del grupo debidamente auditadas⁵⁵.

En el caso de empresas obligadas a realizar auditorías, se extenderá a los dos últimos ejercicios económicos completos, siempre y cuando existan saldos deudores o acreedores con la empresa que ha iniciado el procedimiento.

En entidades sin obligación de consolidar cuentas, y además de la documentación económica de la empresa exigida al solicitante, procederá acompañar, so pena de nulidad⁵⁶, las cuentas anuales de las demás empresas del grupo debidamente auditadas, en el caso de empresas obligadas a realizar auditorías, si concurre una triple circunstancia (art. 4.5 RDPDC): tener el domicilio social en España, desempeñar la misma actividad o pertenecer al mismo sector de actividad y presentar saldos deudores o acreedores con la empresa que inicia el procedimiento.

5.1.2. CAUSAS TÉCNICAS, ORGANIZATIVAS Y DE PRODUCCIÓN

Al igual que ocurría con las razones económicas, el otro trío de causas también presenta una definición distinta en función del contexto donde estén llamadas a actuar; así:

- 1- El alcance justificativo de la decisión de proceder a una movilidad funcional alcanza a “razones técnicas u organizativas que la justifiquen”; quedan

⁵⁵ Por ausencia de este requisito, la condena solidaria y justificación que ofrece la Letrada del Tribunal Supremo CANO GALÁN, Y.: “De la posibilidad de demandar, en el proceso de despido colectivo, a una empresa del grupo, aunque no haya participado en la negociación”, *Diario La Ley*, núm. 9460, 2019.

⁵⁶ “La ausencia de tal documentación se estima trascendente y relevante para que la información aportada sea la imprescindible a efectos de conformar el periodo de consultas”, según afirma la STS 19 julio 2017 (Rec.14/2017).

excluidas como supuesto habilitante, por tanto, las causas económicas y productivas. Además, tan solo operarán “por el tiempo imprescindible para su atención” (art. 39).

- 2- En la movilidad geográfica tienen cabida las cuatro razones, siempre y cuando “estén relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa, así como las contrataciones referidas a la actividad empresarial” (art. 40). En iguales términos aparecen relacionadas en los supuestos de modificación sustancial de condiciones de trabajo, excepto que no son de recibo los supuestos de subcontratación (art. 41 ET).
- 3- En lo que respecta a la suspensión (art. 47 ET) y a la inaplicación de las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo (art. 82.3 ET), su configuración responde a la definición causal prevista tanto para la extinción por motivos objetivos [art. 52 c) ET] como para los despidos colectivos (art 51.1 ET).

La naturaleza convergente de las causas técnicas y organizativas en las extinciones colectivas posibilita un análisis conjunto (históricamente fueron conocidas como “tecnológicas”, hasta la reforma oficiada en 1994), pues ambas obedecen a la introducción de cambios como forma de reestructuración destinada a posibilitar la pervivencia de la actividad, nunca su cese: en el primer caso, entre otros, en los medios o instrumentos de producción; en el segundo, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción⁵⁷.

Son fruto de las decisiones empresariales, de su modelo interno de gestión⁵⁸. Con todo, procederá no obviar nunca, tampoco, la necesidad adaptativa o de actualización ante factores exógenos, tales como el comportamiento de los

⁵⁷ “La venta de parte de la maquinaria utilizada como principal infraestructura productiva por la empresa, por sí misma, no conforma la causa organizativa que ampara la extinción de los contratos de trabajo, sin perjuicio, la reducción de activos mobiliarios, en su caso, pueda constituir un indicio adicional de que hay disminución de actividad o de que la situación económica es negativa”, tal como afirma la STS 18 septiembre 2018 (Rec. 3451/2016).

⁵⁸ Así, mientras que “la razón económica impacta en la empresa de manera inevitable, como algo que le viene impuesto por circunstancias ajenas a sus criterios de gestión, la razón técnica u organizativa actúa en el terreno de lo aconsejable, conveniente o recomendable”, GARCÍA MURCIA, J.: “Las causas de despido colectivo: causas técnicas organizativas y de producción”, cit., pág. 106.

competidores o los cambios en los patrones de consumo⁵⁹.

Cabe, por tanto, la adopción de medidas de distinto alcance como, por ejemplo, la reducción de personal en casos en los cuales se estime sobredimensionada la estructura en atención a las nuevas necesidades, procediendo a una renovación o redistribución de efectivos, la aplicación de mejores prácticas en la gestión a partir de una simplificación de la organización⁶⁰, la apuesta por la externalización⁶¹ o, en fin, la reestructuración bajo la forma de reducción de la capacidad productiva que conlleve la eliminación de personal y maquinaria⁶².

En lo concerniente a las causas productivas, conviene destacar que su presencia justificativa y alcance son en apariencia más limitados, por expreso deseo del legislador. Aspecto a evidenciar, por ejemplo, en la omisión que la norma hace respecto a la decisión de proceder a una movilidad funcional (art. 39 ET).

En el contexto de despido colectivo, donde su virtualidad es explícita, responden a las variaciones negativas en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado, lo cual motiva el reconocimiento de su carácter híbrido, pues engarzan la situación económica negativa y la coyuntura técnico-organizativa.

Buenos ejemplos de su oportunidad son los siguientes: la contracción de la demanda de un producto como resultado del sobredimensionamiento productivo⁶³, la disminución de encargos, pedidos o ventas⁶⁴, la pérdida del principal cliente⁶⁵ o la expiración de las contratas de las que depende la actividad empresarial⁶⁶.

La acreditación específica de las tres causas analizadas habrá de venir dada por

⁵⁹ Como índices especialmente valorados en la doctrina jurisdiccional europea, según pone de manifiesto MANEIRO VÁZQUEZ, Y.: “El régimen del despido colectivo en el ordenamiento europeo: contrastes y fricciones con el ordenamiento español”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 137, 2017, pág. 123.

⁶⁰ STS 17 mayo 2017 (Rec. 221/2016).

⁶¹ SSTs 16 septiembre 2015 (Rec. 230/2014) y 22 de marzo de 2018 (Rec. 195/2017).

⁶² STS 22 febrero 2018 (Rec. 192/2017).

⁶³ STS 12 mayo 2017 (Rec.210/2015).

⁶⁴ STS 20 enero 2016 (Rec.144/2015).

⁶⁵ STS 25 enero 2018 (Rec.45/2017).

⁶⁶ STS 22 marzo 2018 (Rec.195/2017).

los siguientes elementos⁶⁷:

A. Memoria explicativa

En los despidos colectivos por causas técnicas, organizativas o de producción, la documentación presentada por el empresario incluirá también una memoria explicativa de las causas que justifican la decisión extintiva de carácter colectivo (art 5.1. RDPDC).

B. Demostración de las causas

El empresario deberá aportar los informes técnicos que sirvan, en su caso, para mostrar la concurrencia de las causas técnicas derivadas de los cambios, entre otros, en los medios e instrumentos de producción; de las causas organizativas derivadas de las variaciones, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción; o, en fin, de las causas productivas derivadas de las modificaciones, entre otros, en la demanda de los productos y servicios que la empresa pretende introducir en el mercado (art. 5.2 RDPDC).

La existencia de causas técnicas y organizativas presenta mayor variedad funcional, pues son circunstancias con proyección posible tanto sobre el conjunto de la empresa (o incluso sobre un grupo de empresas, donde cabe perfectamente una decisión conjunta de renovación tecnológica o de reorganización de recursos), como únicamente sobre una parte de la misma, un centro de trabajo, un departamento una sección⁶⁸ (por no mencionar su eventual proyección sobre la totalidad o una parte de una determinada área funcional de la empresa), pero por su propia naturaleza nunca suponen el cierre de la empresa y el despido de la totalidad de la plantilla. En tal sentido cabrá contraponerlas de manera manifiesta a la causa económica, en tanto esta bien puede abocar, en último término, a la cesación total de la actividad.

⁶⁷ Una cuidada exposición de todos ellos en LAHERA FORTEZA, J.: “Nueva configuración del despido colectivo”, *Trabajo y Derecho*, núm. 34, 2017, en particular págs. 41 y 42.

⁶⁸ STS 7 junio 2007 (Rec. 191/2006).

5.1.3. CONSECUENCIAS DE LA FALTA DE ACREDITACIÓN CAUSAL

Cuando la comunicación de iniciación del procedimiento de despido colectivo no reúna los requisitos exigidos, la Autoridad Laboral advertirá de tal circunstancia al empleador, especificando los extremos no respetados y remitiendo copia del escrito a los representantes de los trabajadores y a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, cumpliendo así su función de velar por la efectividad del periodo de consultas (art. 6.4 RDPDC).

Si es la Inspección de Trabajo la que durante el periodo de consultas observa dicha anomalía, lo comunicará a la Autoridad, a la cual competirá instar al empleador para que proceda a su subsanación, pues la falta de cumplimiento del trámite puede suponer la nulidad de la decisión extintiva. En cualquier caso, este apercibimiento no conllevará la paralización o la suspensión del procedimiento (art. 6.4.2º RDPDC).

Antes de la conclusión del período de consultas, el empleador contestará mediante documento escrito a las advertencias o recomendaciones recibidas, entregando una copia del mismo a los representantes del personal (art. 12 RDPDC).

Por tanto, y en el supuesto de no subsanarse, la representación de los trabajadores, al carecer de la documentación exigida en la norma, podrá impugnar el despido, invocando su nulidad o el carácter no ajustado a derecho. Ante tal eventualidad, deberá ser el empresario quien demuestre que la ausencia de documentación resulta intrascendente en el caso concreto para la adecuada negociación durante el periodo de consultas, puesto que, en principio, la norma ha requerido dichos documentos como ineludibles para acreditar las causas invocadas⁶⁹.

Si lo acontecido fuera la omisión del periodo de consultas “real” (con falta de buena fe en la acreditación de la causa) cabrá impugnar a través de la modalidad referida en el art. 124.11 LRJS, susceptible de dar lugar a la declaración de nulidad de las extinciones efectuadas trayendo aparejadas las siguientes consecuencias: las extinciones individuales serán calificadas como nulas, y por tanto sin efecto, declarando el derecho de los trabajadores afectados a la reincorporación a su puesto de trabajo de

⁶⁹ Respecto a tal consecuencia LAHERA FORTEZA, J.: “Nueva configuración del despido colectivo”, cit., pág. 42.

conformidad con lo previsto en apartados 2 y 3 del artículo 123 LRJS.

5.2.- EL COMPONENTE NUMÉRICO

Además del elemento causal, el supuesto de despido colectivo requiere, para diferenciarse del objetivo (individual o plural), un número o porcentaje de trabajadores afectados en un periodo de tiempo dado.

El patrón para medir esta entidad cuantitativa, en la cual el legislador español no se acomoda a ninguna de las dos alternativas que ofrece el legislador europeo, ha provocado la necesidad de continuos pronunciamientos de TJUE para intentar acomodar cuanto dispone la norma española a la referencia llamada a actuar como mínimo común denominador para todos los Estados europeos⁷⁰.

El concepto mismo de trabajador, la unidad o centro de imputación que se adopte para el computo o el número de extinciones como motivos no inherentes a la persona del trabajador que hayan de ser sumados a las extinciones por razones empresariales son tres aspectos fundamentales que aborda el intérprete supranacional y condicionan la propia noción aquí estudiada.

5.2.1 CONSIDERACIONES GENERALES

El legislador español, en los arts. 51.1 ET y 1 RDPDC, no recibe ninguna de las alternativas que ofrece la Directiva 98/59 en los incisos i) e ii) de su artículo 1.1 a) a la hora de ponderar la representación colectiva de la medida. Por el contrario, adopta un criterio mixto que llevara a considerar la existencia de un despido colectivo cuando se vean afectados:

⁷⁰ MOLERO MARAÑÓN, M. L.: “La ineludible reforma del despido colectivo en su ámbito de referencia”, *Documentación Laboral*, núm. 11, fascículo 3, 2017, págs. 41 y ss.

- 10 trabajadores en empresas de menos de 100.
- El 10% en cuantas ocupan entre cien y trescientos trabajadores
- 30 trabajadores en las de más de 300.

Como alternativa excepcional también será colectivo aquel despido que, sin alcanzar tales umbrales, afecte a la totalidad de una plantilla con más de cinco integrantes cuando la empresa cesa totalmente en su actividad⁷¹.

Para completar estas previsiones generales y determinar si concurre el supuesto de hecho, el art. 3 RDPD exige que, en la documentación a presentar por el empresario, figuren de un lado, el “número y clasificación profesional de los trabajadores afectados”, teniendo en cuenta que si la decisión afectara a más de un centro de trabajo “esta información deberá estar desglosada por centro de trabajo y, en su caso, provincia y comunidad autónoma” [art. 3.1.b) RDPDC]; por otro, habrá de figurar, el “número y clasificación profesional de los trabajadores empleados habitualmente en el último año”, y si la medida afectara a más de un centro de trabajo, con una “información desglosada por centro de trabajo y, en su caso, provincia y comunidad autónoma” [art. 3.1.c) RDPDC]; en último extremo será necesario explicitar los “criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados por los despidos” [art. 3.1.e) RDPDC].

5.2.2 EL CONCEPTO DE TRABAJADOR A EFECTOS DEL CÁMPUTO

El art. 1 RDPDC, colma parcialmente el silencio del art. 51 ET a la hora de delimitar el concepto de extinción de contrato del trabajador que habrá de ser sopesado, pues establece que “incluirá la totalidad de los trabajadores que presten servicios en la empresa en el día en que se inicie el procedimiento, cualquiera que sea la modalidad contractual utilizada”.

⁷¹ Sobre esta posibilidad, en detalle, GARCÍA CARMONA, P.: “Cierre de un centro de trabajo: ¿es un despido colectivo?”, *Observatorio de Recursos Humanos y Relaciones Laborales*, núm. 127, 2017, págs. 74 y 74.

A resultas de este literal, no cabrá duda de que para los umbrales que miden las extinciones, como también aquellos que lo hacen de la plantilla, habrán de ser incorporados los trabajadores a tiempo parcial, así como aquellos que mantienen una relación laboral especial⁷². De igual modo, se considerarán aquellos que tienen un vínculo estrictamente temporal, pero debiendo ponderar que cualquier disminución injustificada y *ante tempus* de la plantilla, acortando los plazos previstos en los contratos firmados, deberá ser reputada como fraudulenta.

Cuando obrara alguna duda sobre la naturaleza laboral o no de la relación laboral, la definición que pudiera existir en cada Estado del concepto trabajador habrá de ceder ante la noción más amplia del ordenamiento europeo, el cual considera como tal a quien trabaja para otro a cambio de una retribución⁷³. De este modo, y para un futuro, es claro que está llamado a prevalecer el concepto material de trabajador frente al jurídico-formal; al menos así ha de ser en las extinciones colectivas.

5.2.3 LA UNIDAD DE CÓMPUTO

Mientras que la referencia literal de los art. 51.1 ET y 1 RDPDC lo es, siempre, a la empresa como unidad para efectuar el cómputo, la Directiva 98/59, lo hace al centro de trabajo. Una visión simplista o reduccionista llevó a que el Tribunal Supremo considerara que la empresa constituye una referencia más favorable al trabajador y, *pro operario*, fuera la única considerada a nivel nacional⁷⁴.

Ignoraba, empero, que el concepto centro de trabajo en el ordenamiento supranacional alcanzaba una dimensión autónoma, bastante alejada de la muy estrecha que se sigue en el Derecho español. Fue solo cuestión de tiempo que una cuestión prejudicial pusiera en evidencia⁷⁵ la existencia de supuestos en los cuales la referencia al centro de trabajo podría ser más favorable (por llevar a un despido colectivo) que la

⁷² STSJ Madrid 2 diciembre 2010 (Rec. 3189/2010).

⁷³ STJUE 9 Julio 2015, C-229/14, asunto *Balkaya*.

⁷⁴ STS 18 marzo 2009 (Rec. 1878/2008).

⁷⁵ MARTÍNEZ MORENO, C.: “Solución salomónica del Tribunal Supremo a propósito de la doctrina Rabal Cañas. Comentario a la STS de 17 de octubre de 2016”, *Actum Social*, núm. 116, 2016, pp.19 y ss.

noción empresa⁷⁶.

De esta suerte, la norma española exigirá una doble lectura o escrutinio alternativo⁷⁷, atendiendo, en primer lugar, a la empresa; sin descartar, empero, el centro de trabajo si habitualmente ocupa, al menos, a veinte trabajadores⁷⁸.

Ninguna referencia consta, ni en la norma española ni en la europea, al fenómeno dado por el grupo de empresas. *Mutatis mutandis* procederá traer a colación en esta sede cuanto se afirmó páginas atrás respecto a la diferenciación entre grupo “fisiológico” y “patológico”.

En consecuencia, el cómputo habrá de ir referido a la sociedad que inicia el procedimiento, y no se extenderá a otras del mismo grupo si la apariencia jurídica muestra la composición plural; por el contrario, si cuanto se trata de ocultar es la comunidad esencial de las entidades, que solo se descubre “levantando el velo” de su unidad de dirección, caja y movilidad en la plantilla, el reproche bajo la forma de responsabilidad solidaria demandará un cómputo que se extienda a todas las empresas que forman parte del grupo.

5.2.4 EXTINCIONES ACUMULABLES A LAS QUE OBEDECEN A RAZONES EMPRESARIALES: LOS MOTIVOS NO INHERENTES A LA PERSONA DEL TRABAJADOR

El cálculo del número de trabajadores afectados por un despido colectivo que atiende a razones empresariales no puede quedarse en la acumulación de cuantas formalmente hayan obedecido a causas económicas, técnicas, organizativas y de producción, sino que, por imperativo de la norma europea (el silencio o falta de

⁷⁶ STJUE 13 mayo 2015 C- 392/13, asunto *Rabal Cañas*.

⁷⁷ “Cuando se tome como referencia el centro de trabajo éste deberá emplear como mínimo 20 trabajadores, por lo que no resulta posible sustituir empresa por centro de trabajo y con ello concluir que cuando el despido afecte a la totalidad del centro de trabajo cuando éste cuente con más de 5 trabajadores estaremos ante un despido colectivo”, YSÁS MOLINERO, H.: “Despido colectivo que afecta a un número de trabajadores inferior al umbral legal”, *IUSlabor*, núm. 1, 2018, pág. 324.

⁷⁸ STS 7 febrero 2018 (Rec. 486/2016). Con gran acopio documental previo sobre este y otros problemas cotangentes, ROJO TORRECILLA, E.: “El impacto de la jurisprudencia del tribunal de Justicia de la Unión Europea en la regulación de los despidos colectivos”, *Documentación Laboral*, núm. 111, fascículo 3, 2017, en especial págs. 18- 24.

concreción de la norma española causa cuando menos rubor), debe alcanzar a cuantas otras hayan respondido a la iniciativa del empresario y traigan causa en motivos no inherentes a la persona del trabajador, siempre que el número de trabajadores afectados sea, al menos, de cinco⁷⁹.

Esta referencia a “motivos no inherentes a la persona del trabajador”, sin parangón en el ordenamiento nacional, exigirá una relectura de todas y cada una de las causas de despido para clasificarlas en función de que deban ser o no objeto de cómputo⁸⁰.

Para realizar esta labor, dos indicaciones ayudarán en el juicio final: por una parte, si la causa obedece o no a la voluntad, iniciativa o actividad del trabajador; por otra, que, sin alcanzar esa acción consciente, sin embargo, pueda ser vinculada a su persona. De sopesar este patrón o vara de medir cabría llevar a la siguiente clasificación:

A) CAUSAS DE EXTINCIÓN EXCLUIDAS DEL CÓMPUTO

Entre el heterogéneo conjunto de razones para la finalización del contrato que no deberán ser tenidas en cuenta procederá enunciar las siguientes:

- a) Por expresa previsión del legislador quedan excluidos los supuestos previstos en el art.49.1. c) ET, esto es, la expiración del tiempo convenido y la realización de la obra o servicio objeto del contrato. Con ello, se desechan las extinciones por mutuo acuerdo originario, siempre y cuando, no respondan a supuestos que encubran fraude de ley o abuso de derecho⁸¹.

⁷⁹ STS 13 junio 2017 (Rec. 196/2016).

⁸⁰ Para una aproximación al criterio de determinación del umbral cuantitativo, GONZÁLEZ GONZÁLEZ, C.: “Modificaciones de las condiciones de trabajo y su incidencia en el cómputo de los umbrales del despido colectivo en la doctrina del TJUE”, *Aranzadi Doctrinal*, núm. 4, 2018, págs. 131-146.

⁸¹ Por consiguiente, el beneficio no ampara a los supuestos de temporalidad “formal” o en los cuales no se respete el término pactado, según recoge la STS 7 abril 2015 (Rec. 228/2014).

- b) Por el mismo motivo tampoco habrán de ser computadas las que obedezcan a mutuo acuerdo sobrevenido, siempre y cuando, verdaderamente obedezcan a la voluntad concorde de ambas partes.
- c) El desistimiento empresarial durante el periodo de prueba, habida cuenta de la libertad de desistimiento que se otorga al empresario.
- d) Procederá incorporar a este supuesto el desistimiento definitivo de la mujer víctima de violencia de género, pues como tal la concibe el art 49.1 ET, excepto lógicamente, si el agresor fuere el empresario o persona que ostente la titularidad de la empresa o la represente.
- e) Las derivadas de muerte, incapacidad y jubilación de ambas partes⁸².
- f) La ineptitud sobrevenida, falta de adaptación a los requerimientos técnicos y las faltas de asistencia aun justificadas que amparan el despido objetivo⁸³.
- g) Supuestos de fuerza mayor, así como, por asimilación, cuantos obedecen a una decisión previa del legislador y puedan ser considerados como un *factum principis*⁸⁴.
- h) La opción del trabajador por la extinción del contrato de trabajo a partir de una decisión empresarial previa de trasladarlo o modificar sustancialmente sus condiciones de trabajo, ponderando en esta ocasión que la decisión empresarial es plenamente lícita⁸⁵.
- i) Por último, y lógicamente, tampoco habrán de ser considerados los despidos calificados judicialmente como procedentes, o aquellos no impugnados por el trabajador, en el entendimiento de que obra una causa remota vinculada a la intención del trabajador o su aquiescencia tácita.

⁸² STJCE 10 diciembre 2009, C-323/08, asunto *Rodríguez Mayor*. Con los matices que merecen la jubilación voluntaria del trabajador y la decisión de abandonar la actividad por el empresario a partir del cumplimiento de la edad legal o del reconocimiento de una incapacidad, ROMERO SÁNCHEZ, I.: *El despido colectivo: evolución normativa y régimen jurídico*, Albolote (Comares), 2017, pág. 84.

⁸³ SAN 4 septiembre 2013 (Proc. 240/2013).

⁸⁴ STS 27 abril 2017 (Rec. 323/2015).

⁸⁵ STSJ Madrid 24 febrero 2014 (Rec. 1835/2013).

B) DECISIONES EXTINTIVAS COMPUTABLES

Como derivación de cuanto anteriormente se ha considerado para excluir, o como supuestos autónomos, procederá computar las decisiones extintivas empresariales que obedezcan a los siguientes supuestos:

- a) Finalización de contratos temporales por obra o servicio determinado que hayan tenido lugar antes del tiempo convenido o de la finalización de la obra encomendada así como todas aquellas cuya causa de temporalidad haya sido considerada fraudulenta⁸⁶.
- b) El mutuo acuerdo sobrevenido en el supuesto particular de bajas incentivadas y prejubilaciones cuando concurra un doble extremo: ausencia de voluntariedad en la causa, aunque esté presente en la elección final del interesado y estricta iniciativa empresarial⁸⁷.
- c) La falta injustificada de llamamiento de un número de trabajadores fijos discontinuos que supere los umbrales del art. 51.1 ET⁸⁸.
- d) Los despidos calificados o reconocidos como improcedentes⁸⁹; no así los nulos, pues conllevan la readmisión, salvo ejercicio de la acción resolutoria del art. 50 ET⁹⁰.
- e) Las extinciones a solicitud del trabajador cuando obedecen a un incumplimiento grave y culpable del empresario, según prevé el art. 50 ET. Por el mismo motivo también los supuestos de traslado y modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, si suponen sustituir elementos esenciales del contrato de trabajo en perjuicio del

⁸⁶ STS 8 julio 2012 (Rec. 2341/2011).

⁸⁷ STS 7 febrero 2008 (Rec. 4237/2006).

⁸⁸ STS 19 junio 2018 (Rec. 258/2017).

⁸⁹ STS 18 noviembre 2014 (Rec. 65/2014).

⁹⁰ MARTÍN JIMÉNEZ, R.: "Diez cuestiones sobre la negociación colectiva de ERE's", *Aranzadi Social*, T. V, núm. 10, 2013, pág. 18.

trabajador⁹¹, así como, cuando las decisiones se hubieran adoptado sin seguir el procedimiento previsto al efecto⁹².

- f) Extinción de la personalidad jurídica del empleador, cuyo control expresamente requiere la norma que esté y pase por este procedimiento.

Además de tener en cuenta las extinciones o despidos *supra* enunciados, procederá seguir una consecuencia fundamental cuando se hubiera ignorado la necesaria acumulación: de superar los umbrales recogidos en la ley, y en la medida en que así se hiciere, se estará ante un despido “colectivo de hecho” (con la variante de un “despido colectivo tácito” cuando hubiere cerrado la empresa)⁹³, con la consecuencia de conducir a la nulidad de todos y cada uno de los efectuados, pero no por simple fraude de ley (que hubiera bastado), sino en aplicación del art. 124.11 LRJS⁹⁴.

5.3.- EL ELEMENTO TEMPORAL.

Para determinar si obra o no despido colectivo, el art. 1.1.1º a) Directiva 98/58/CE ofrece a los Estados miembros la posibilidad de optar entre dos períodos: de un lado, 30 días para tramos de 10 a 30 despidos o situaciones asimilables; de otro, 90 días para un número fijo de 20 extinciones⁹⁵. Ante tal disyuntiva el legislador español, según se conoce, optó por el parámetro híbrido de 90 días naturales dentro del rango de 10 a 30 despidos o situaciones asimilables.

En la acotación o delimitación del periodo de 90 días resulta harto preocupante la omisión que hace el art. 51 ET en lo concerniente a la fecha de inicio y final del periodo⁹⁶. Ha debido ser, la doctrina del Tribunal Supremo, una vez más, la encargada

⁹¹ STS 4 julio 2006 (Rec. 2692/2005).

⁹² STJUE 11 noviembre 2015, C- 422/14, asunto *Pujante Rivera*. Por extenso, la reflexión de ALFONSO MELLADO, C. L.: “Modificación sustancial de condiciones de trabajo y despido colectivo” *Trabajo y Derecho*, núm. 37, 2018, págs. 71-79.

⁹³ DE CASTRO MARÍN, E.: *Despido colectivo “de hecho”*, Cizur Menor (Thomson/Aranzadi), 2018, en particular págs. 16- 31.

⁹⁴ STS 17 mayo 2016 (Rec. 337/2014).

⁹⁵ Si no se superan los umbrales en el plazo citado no hay despido colectivo, SAN 14 febrero 2013 (Proc. 345/2012).

⁹⁶ En torno a los problemas derivados de tal opción, LÓPEZ-CANOSA FERNÁNDEZ, C.: “El juego de los umbrales del cómputo del despido colectivo: ¿90 días o 180 días?”, *Observatorio de Recursos*

de salvar la laguna, para llevar a entender que la fecha de cada despido constituye el *dies ad quem* para el cómputo del periodo de noventa días que se hubiera abierto, y es, a su vez, el *dies a quo* para el cómputo siguiente⁹⁷. A tal efecto, convendrá hacer notar que sobre esta cuestión está pendiente una cuestión prejudicial que, quizás, acabe alterando el criterio expuesto.

La regla general cuenta con una excepción, llamada a evitar el fraude⁹⁸ empresarial de modo de proceder a efectuar despidos “por goteo”, dilatados en el tiempo para eludir el preceptivo procedimiento. Garantía solo aplicable en los despidos por causas empresariales [se trata de un cómputo específico referido a la alegación de las causas del apartado c) del art. 52 ET, que opera sobre los mismos fundamentos de los párrafos 2º y 3º del art. 51 ET], sin ser de aplicación a las restantes extinciones por motivos no inherentes a la persona del trabajador, o cuando concurren causas no alegadas con anterioridad en la justificación de la nueva decisión extintiva, como pudieran ser pérdidas sobrevenidas, otra innovación tecnológica u organizativa o una caída de la demanda de los bienes y servicios puestos en el mercado⁹⁹.

El último párrafo del art. 51.1 ET refiere, por tanto, que si, “en periodos sucesivos de 90 días y con el objeto de eludir” lo previsto para el cese colectivo, la compañía efectúa despidos nuevos “sin que concurren nuevas causas” que lo justifiquen, estos serán declarados nulos y, por tanto, sin efectos¹⁰⁰.

El cómputo del periodo de 90 días presenta también problemas de ajuste a la hora de situar en el tiempo tanto el despido o los despidos controvertidos, como de aquellas extinciones computables con las que se relaciona para establecer la eventual calificación como una extinción colectiva. Pueden caber, a estos efectos, diversas fechas alternativas: la de la declaración extintiva, la notificación al trabajador, la de cese o, eventualmente y en caso de impugnación, la calificación definitiva del despido emitida por órgano judicial. De entre las propuestas parece que la más razonable sería

Humanos y Relaciones Laborales, núm. 129, 2017, págs. 74 y 75.

⁹⁷ STS 23 enero 2013 (Rec. 1362/2012).

⁹⁸ Concorre fraude de ley, cuando se acredita la utilización de una norma para buscar un resultado no querido o prohibido por el ordenamiento jurídico.

⁹⁹ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: “Sobre el cómputo del periodo de 90 días para considerar la existencia de un despido colectivo y de su nulidad por fraude de ley”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social (CEF)*, núm. 349, 2012, pág. 127.

¹⁰⁰ Nulidad no por fraude de ley, sino por aplicación del art. 124.11 LRJS. STS 17 mayo 2016 (Rec. 3037/2015).

la fecha de cese, al ser aquella en la cual se despliegan los efectos extintivos.

De igual modo, pueden surgir problemas derivados de la variación de las calificaciones del cese a lo largo del tiempo, en supuestos de impugnación judicial del despido (por ejemplo, cuando se acuerda el cese por razones disciplinarias, pero luego el despido es declarado improcedente al no existir o no acreditarse o variar la calificación de los hechos alegados, o por vencimiento del término del contrato, si el contrato fuera temporal). En estas ocasiones procederá estar a la calificación vigente en el momento en que se enjuicia el despido colectivo, siempre y cuando haya adquirido firmeza. Si no fuera firme, el órgano judicial que está conociendo del que se considera como despido colectivo decidirá cuanto proceda de acuerdo con lo previsto en el art. 86.4 LRJS.

En fin, menester será aludir a la obligación de notificación común consagrada en el art. 3. 1.a) RDPDC, consignando la fecha de inicio o *dies a quo* y la de término del periodo previsto para realizar los despidos. Este habrá de ser, en todo caso limitado, a fin de no perjudicar el principio de actualidad de la causa, y su omisión llevará a la nulidad, de tal decisión empresarial, pero su incumplimiento o defectos pueden ser subsanados en el periodo de consultas, dejando noticia de la fecha cierta o periodo temporal en el cual se llevará a cabo.

6.- CONCLUSIONES

PRIMERA.-

Muchos, y de muy diversa entidad, han sido los intentos del legislador para introducir el despido sin causa (conocido popularmente como “despido libre”) en el ordenamiento español. El último, en 2012, disfrazaba de causas económicas, técnicas, organizativas y de producción cuanto no dejaban de ser etéreos motivos empresariales que pretendían dejar al margen cualquier control administrativo (desapareciendo la actividad de comprobación de la Autoridad Laboral) e incluso judicial.

En todas las ocasiones a lo largo de la Historia, y también en esta última, los órganos judiciales se han negado a asumir el papel de simples testigos sobre un cumplimiento meramente formal de lo dispuesto en la ley, y han reivindicado el protagonismo que les confiere el Convenio núm. 158 OIT, como garantes de la existencia de una verdadera causa para poner fin a la relación laboral.

SEGUNDA.-

El intento de aquilatar cuál ha de ser la operatividad en la práctica de las razones recogidas en la norma obliga a prestar atención a su definición por el legislador y a la interpretación de cuantas variantes han enjuiciado, a su través, los Tribunales.

En atención al primero de los índices, parece claro que la norma establece dos reglas de medir diferentes: muy exigente en la causa económica; más relajada en el resto de motivos.

De este modo, endurece su consideración respecto a cuanto había apreciado en el ámbito de la “flexibilidad interna”, y aun cuando admite como motivos económicos las pérdidas actuales o previstas y el simple descenso persistente en el nivel de ingresos y ventas, somete al empresario a una ardua tarea de aportación documental para así acreditarlo.

No ocurre igual en las causas técnicas, organizativas y de producción, definidas en unos términos muy vagos y abiertos y cuya prueba se limita a una memoria e informes técnicos (que bien pueden ser contruidos “de encargo”) destinados a demostrar su concurrencia.

La pregunta acerca del motivo por el cual no se acude al fácil expediente de invocar estas causas más sencillas de demostrar, y hasta de preconstituir, solo encuentra una respuesta: afortunadamente los Tribunales las consideran (excepción hecha de las mejoras tecnológicas o la facultad de externalización productiva) menos concluyentes y los operadores jurídicos no las invocan casi nunca en solitario, sin acudir a las razones económicas.

TERCERA.-

Dado que tampoco el legislador europeo parece otorgar mayor relevancia al elemento causal, y en su lugar atiende sobre todo a la trascendencia social del despido, el factor numérico se convierte en elemento clave a la hora de delimitar cuándo ha de seguirse el procedimiento más sencillo previsto para cuanto en España se denominan despidos objetivos (individuales y plurales) y cuándo la tramitación más exigente recogida para los despidos colectivos.

En este punto urgiría una reforma inminente de la norma nacional, dadas las continuas rectificaciones a que se ha visto sometida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que afecta a tres extremos importantes:

De un lado, la noción de trabajador ha de atender, a efectos de los componentes de la plantilla y de número o porcentaje de posibles afectados, al vínculo trabado con el empresario. En este sentido, se aboga por un concepto de trabajador mucho más amplio que el mantenido por algunos Estados, entendiéndose por tal a todo aquel que presta sus servicios para otro a cambio de una retribución.

En segundo término, el núcleo de imputación para el computo ya no podrá ser la empresa como referencia más favorable al trabajador, pues a veces ocupará tal posición el centro de trabajo, exigiendo un doble computo alternativo de lo más perturbador, por cuanto también opera el dato de tener que venir referido a entidades de más de veinte trabajadores.

Por último, la alusión a “motivos no inherentes a la persona del trabajador” fuerza a una relectura de todos y cada uno de los que pueden poner fin al contrato, para así excluir o incluir en su cómputo cada uno de los concretos supuestos extintivos (siempre y cuando fueran, al menos, cinco los afectados). Operación de “causalización” y “descausalización” que aboca a un relativismo próximo a la inseguridad jurídica; patente, en particular, en los cada vez más frecuentes supuestos de “despidos colectivos de hecho” e, incluso, “despidos colectivos tácitos”.

CUARTA.-

Entre las carencias más graves de la norma española está la de no haber detallado cuándo comienza y finaliza el plazo para el cómputo, que se cierra y se abre (según los Tribunales) con cada despido o extinción computable.

Regla tan poco firme, acompañada de la indeterminación sobre la operatividad del plazo de 90 días, o periodos consecutivos (para evitar el fraude a través de despidos objetivos “por goteo”), deja en el aire más interrogantes que respuestas, a la espera de la resolución de cuestiones prejudiciales pendientes ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

QUINTA.-

Cuanto nació con mal pie, y peor técnica jurídica, debería llevar a reflexionar sobre la conveniencia de acometer un nuevo cambio (otro más) destinado a acomodar la norma a las directrices de la UE y a solventar cuestiones dudosas, en este continuo proceso de reformas y contrarreformas que, sobre todo en cuanto hace al despido, parece no descubrir un rumbo firme al cual tender.

7.- BIBLIOGRAFÍA

- ABRIL LARRÁINZAR, M. P.: *Información, consulta y negociación en el despido colectivo*, Cizur Menor (Thomson/Aranzadi), 2016.
- ALCÁZAR ORTIZ, S.: *El despido colectivo en la empresa*, Cizur Menor (Lex Nova/Thomson) 2015.
- ALFONSO MELLADO, C. L.: “Modificación sustancial de condiciones de trabajo y despido colectivo”, *Trabajo y Derecho*, núm. 37, 2018.
- ÁLVAREZ MONTERO, A.: “Garantías colectivas de empleo, flexibilidad interna y despido objetivo: ¿Deberes de renegociación versus libertad de empresa?”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social (CEF)*, núm. 430, 2019.
- BAYLOS GRAU, A.: “El sentido general de la reforma: la ruptura de los equilibrios organizativos y colectivos y la exaltación del poder privado del empresario”, *Revista de Derecho Social*, núm. 57, 2012.
- BODAS MARTÍN, R.: “El rodaje en España de los despidos colectivos: aciertos y disfunciones”, *Iuslabor*, núm. 1, 2018, pág. 1.
- CANO GALÁN, Y.: “De la posibilidad de demandar, en el proceso de despido colectivo, a una empresa del grupo, aunque no haya participado en la negociación”, *Diario La Ley*, núm. 9460, 2019.
- DE CASTRO MARÍN, E.: *Despido colectivo “de hecho”*, Cizur Menor (Thomson/Aranzadi), 2018.
- DESDENTADO BONETE, A.: “Los despidos económicos tras la reforma de ley 3/2012. Reflexiones sobre algunos problemas sustantivos y procesales”, *Actualidad Laboral*, núm. 17, 2012.
- DURÁN LÓPEZ, F.: “Despidos económicos y control judicial”, *Relaciones Laborales*, núm. 12, 2013.
- ESCUADERO PRIETO, A.: “Prioridad de permanencia en la empresa de los trabajadores de edad avanzada. Una propuesta legislativa abierta a la negociación colectiva”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 1, 2018.
- FALGUERA BARÓ, M.: *El procedimiento de despido colectivo y el desarrollo del periodo de consultas: criterios judiciales*, Albacete (Bomarzo), 2015.
- FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J.: “Despido colectivo”, en FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J. (Dir.): *Tratado de despido*, Madrid (Wolters Kluwer), 2018.

FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: “Sobre el cómputo del periodo de 90 días para considerar la existencia de un despido colectivo y de su nulidad por fraude de ley”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social (CEF)*, núm. 349, 2012.

FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: *Expedientes de regulación de empleo*, Madrid (Trotta), 1993.

GARCÍA CARMONA, P.: “Cierre de un centro de trabajo: ¿es un despido colectivo?”, *Observatorio de Recursos Humanos y Relaciones Laborales*, núm. 127, 2017.

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: “La aplicación por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de la Directiva sobre despidos colectivos y su repercusión en Derecho español”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 49, 2018.

GARCÍA MURCIA, J.: “Las causas de despido colectivo: causas técnicas organizativas y de producción”, en MARTÍN GODINO, R. (Dir.): *Tratado de despido colectivo*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2016.

GONZÁLEZ GONZÁLEZ, C.: “Modificaciones de las condiciones de trabajo y su incidencia en el cómputo de los umbrales del despido colectivo en la doctrina del TJUE”, *Aranzadi Doctrinal*, núm. 4, 2018.

GUTIÉRREZ VELASCO, I. (Dir.): *Balance crítico de la reforma laboral*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2018.

LAHERA FORTEZA, J.: “Nueva configuración del despido colectivo”, *Trabajo y Derecho*, núm. 34, 2017.

LÓPEZ-CANOSA FERNÁNDEZ, C.: “El juego de los umbrales del cómputo del despido colectivo: ¿90 días o 180 días?”, *Observatorio de Recursos Humanos y Relaciones Laborales*, núm. 129, 2017.

MANEIRO VÁZQUEZ, Y.: “El régimen del despido colectivo en el ordenamiento europeo: contrastes y fricciones con el ordenamiento español”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 137, 2017.

MARTÍN JIMÉNEZ, R.: “Diez cuestiones sobre la negociación colectiva de ERE’s”, *Aranzadi Social*, núm. 10, 2013.

MARTÍNEZ MORENO, C.: “Solución salomónica del Tribunal Supremo a propósito de la doctrina Rabal Cañas. Comentario a la STS de 17 de octubre de 2016”, *Actum Social*, núm. 116, 2016.

MERCADER UGUINA, J.R.: “Los despidos colectivos: evolución en la reciente jurisprudencia”, <http://litigiocritico.blogspot.com/2015/08/los-despidos-colectivos-evolucion-de-la.html>.

MOLERO MARAÑÓN, M. L.: “La ineludible reforma del despido colectivo en su ámbito de referencia”, *Documentación Laboral*, núm. 11, fascículo 3, 2017.

MONEREO PÉREZ, J.L. y GUINDO MORALES, S.: “El despido colectivo fundado en causas económicas”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 9, 2018.

OCDE: *Estudio sobre la reforma laboral*, en <https://www.oecd.org/.../OCDE-EstudioSobreLaReformaLaboral-ResumenEjecutivo>.

ORTEGA LOZANO, P.: “Racionalidad económica, rentabilidad empresarial y funciones no jurisdiccionales del intérprete de la norma en el actual modelo extintivo”, *Revista de Información Laboral*, núm. 5, 2018.

PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: “La versión política 2012 de la reforma laboral permanente. La afectación del equilibrio del modelo laboral”, en GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, E. y MERCADER UGUINA J.R. (Dirs.): *La regulación del Mercado Laboral. Un análisis de la Ley 3/2012 y de los aspectos laborales del Real Decreto-ley 20/2012*, Valladolid (Lex Nova), 2012.

RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, L. y BAZ RODRÍGUEZ, J.: “El sistema de información contable en los despidos colectivos”, *Revista Contable*, núm. 40, 2016.

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E.: “El despido colectivo frente a la flexibilidad interna”, *Revista de Derecho Social*, núm. 79, 2017.

ROJO TORRECILLA, E.: “El impacto de la jurisprudencia del tribunal de Justicia de la Unión Europea en la regulación de los despidos colectivos”, *Documentación Laboral*, núm. 111, fascículo 3, 2017.

ROJO TORRECILLA, E.: “Los efectos prácticos de la doctrina reciente del TJUE en nuestro derecho laboral interno”, *El Laboralista*, 2015.

ROMERO SÁNCHEZ, I.: *El despido colectivo: evolución normativa y régimen jurídico*, Albolote (Comares), 2017.

SÁEZ LARA, C.: *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2015.

SUBDIRECCIÓN GENERAL DE ESTADÍSTICA Y ANÁLISIS SOCIOLABORAL.: *Estadística regulación de empleo*, <http://www.mitramiss.gob.es/estadisticas/>.

URCELAY LECUE, M.C.: “Despido colectivo encubierto mediante novaciones unilaterales del contrato que rebajan el salario de varios trabajadores”, *Aranzadi Doctrinal*, núm. 11, 2017.

YSÁS MOLINERO, H.: “Despido colectivo que afecta a un número de trabajadores inferior al umbral legal”, *Iuslabor*, núm. 1, 2018.