

EL DESPIDO COLECTIVO DE HECHO

ELISA SIERRA HERNAIZ

Profesora Titular de la Universidad Pública de Navarra

I. RESOLUCIÓN COMENTADA

Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2013 (RCUD 52/2013) [ECLI: ES: TS:2013:5943].

II. INTRODUCCIÓN

En la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 25 de noviembre de 2013, RC 52/2013, se delimita el concepto de despido colectivo de hecho, entendiendo por tal un despido que, siendo realmente colectivo, se formula al margen de las reglas del procedimiento establecidas para éste, siendo calificado como nulo por omisión del preceptivo período de consultas¹. Esta interpretación supone introducir una nueva calificación del despido colectivo, que se denomina fraudulento o encubierto, en el que se eluden las previsiones del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores (ET), realizando extinciones individuales por go-

¹ DESDENTADO BONETE, A., «La delimitación legal del despido colectivo. El despido colectivo de hecho», en Godino Reyes, M. (Dir.), *Tratado del despido colectivo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016, p. 66.

teo², y que se distingue del despido colectivo irregular, que es aquel que no cumple los trámites legales a pesar de la voluntad del empresario de llevar a cabo una extinción colectiva de contratos de trabajo.

De la lectura del texto de la sentencia, así como de los fallos posteriores que siguen su doctrina, es de destacar, además de la novedad del concepto de despido de hecho, la interpretación que se realiza del cómputo de trabajadores afectados dentro de los límites marcados por el legislador, con especial atención a la calificación de improcedencia del despido individual, y qué ha de entenderse por conceptos como extinciones a iniciativa del empresario, incluida la finalización de los contratos temporales, extinciones por motivos no inherentes a la persona del trabajador, extinciones de mutuo acuerdo o dimisiones del trabajador en el contexto del despido colectivo³.

III. COMENTARIO

1. La relevancia del caso suscitado

En la sentencia comentada se analiza una demanda de impugnación de un despido colectivo en la que se solicita la declaración de nulidad de los despidos individuales por omisión del procedimiento legal, en este caso por superar el número de trabajadores afectados fijados en el artículo 51.1 del ET. En concreto, se requiere que computen los despidos disciplinarios y por causas objetivas declarados improcedentes llevados a cabo por la empresa en períodos sucesivos de noventa días. Cabe recordar que dicho precepto establece que si la empresa realiza despidos individuales en dicha franja temporal en un número inferior a los umbrales señalados sin que concurren nuevas causas que justifiquen la decisión empresarial dichas extinciones se consideraran nulas por fraude de ley. Igualmente, se tendrá que tener en consideración cualquier extinción de contratos producida en el período de referencia por iniciativa empresarial siempre que sea por motivos no inherentes a la persona trabajadora distintos de los previstos en el artículo 49.1.c) y su número sea de al menos cinco trabajadores. En cuanto a la regulación procesal, el artículo 124.11 de la

² SEMPERE NAVARRO, A. V., «El proceso de impugnación del despido colectivo: la calificación del despido colectivo en la sentencia», en Godino Reyes, M. (Dir.), *Tratado del despido colectivo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016, pp. 702-703.

³ Un ejemplo reciente de la aplicación de esta doctrina es la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 62/2020, de 24 de enero de 2020.

Ley de Jurisdicción de lo Social (LJS) declara, entre otros motivos, nula las decisiones extintivas que no hayan respetado el período de consultas.

2. Doctrina sentada

Respecto del contenido de la Sentencia comentada destacan tres cuestiones. En primer lugar, la calificación de las decisiones empresariales extintivas individuales por fraude de ley que no se superen los umbrales del artículo 51 del ET como despido colectivo tácito o de hecho. En segundo lugar, la inclusión de extinciones individuales por iniciativa del empresario calificadas como improcedentes en el despido colectivo de hecho. Y, en tercer lugar, la prevalencia del elemento cuantitativo –número de trabajadores afectados– frente al causal –causas económicas, técnicas, organizativas y de producción– a la hora de aplicar este concepto.

En cuanto a la primera cuestión, se resalta la necesidad de distinguir entre despido colectivo irregular, fundamentalmente por omisión del período de consultas y que también supone la nulidad del despido, y despido colectivo de hecho o despido tácito, que también puede ser calificado como fraudulento. Pues bien, dentro del supuesto de hecho de este despido de creación jurisprudencial quedan comprendidos despidos individuales que sin llegar al mínimo establecido por el ET suponen un despido materialmente colectivo. En concreto, y en segundo lugar, se incluyen los despidos disciplinarios y objetivos improcedentes y también los alcanzados por transacciones judiciales o extrajudiciales que no cabe considerarlos como extinciones como mutuo acuerdo o dimisiones sino como despidos a iniciativa del empresario por motivos no inherentes a la persona del trabajador. En este sentido, la transacción no altera la naturaleza del despido, sino que tan solo pone fin al pleito provocado por la decisión empresarial. Así, si un despido disciplinario se declara improcedente y se extingue la relación laboral el cese quedará incluido dentro del cómputo del artículo 51, al igual que la falsa alegación del vencimiento del término en un contrato que no es temporal. Por ello, tanto los despidos disciplinarios como objetivos improcedentes son computables a efectos del artículo 51 del ET. El TS afirma que el procedimiento del despido colectivo es obligatorio por lo que no puede obviarse con el reconocimiento de la improcedencia del despido por parte del empresario. Finalmente, se reafirma la prevalencia del elemento cuantitativo –número de trabajadores afectados– frente al causal –causas económicas, técnicas, organizativas y de producción– a la hora de identificar el despido de hecho. El TS recuerda que en el artículo 51 del ET

existe una doble referencia al elemento cuantitativo, en el párrafo 1.º y 5.º, y que las únicas exclusiones expresamente previstas son por motivos inherentes a la persona del trabajador y por cumplimiento del término del contrato.

3. Evolución posterior

La doctrina de este fallo ha sido mantenida en números pronunciamientos judiciales posteriores, asentado dicha interpretación y ampliando su campo de aplicación. Así, a modo de ejemplo, en la Sentencia de la Audiencia Nacional núm. 92/2014, de 14 de mayo de 2014, se incluye dentro de los umbrales del artículo 51 del ET los despidos improcedentes, con independencia de la causa alegadas; los despidos objetivos, sean o no recurridos y con independencia de su calificación, y las extinciones de contratos temporales, tanto si se trata de contrataciones fraudulentas aparentemente temporales como si se extinguen antes de su finalización sin justa causa, quedando únicamente excluidos los despidos disciplinarios no impugnados y los pendientes de resolución judicial.

En cuanto al TS en su sentencia núm. 62/2020, de 24 de enero de 2020, se señala que las causas de extinción son de orden público y el procedimiento para las mismas constituye un mínimo de derecho necesario, por lo que el empresario deberá aplicar el procedimiento previsto en el artículo 51 o 53 del ET dependiendo del número de trabajadores afectados sin que el convenio colectivo lo pueda modificar o sustituir, entendiéndose las previsiones convencionales procedimentales como exigencias añadidas a las establecidas legalmente, siempre que no se opongan a estas⁴.

A su vez, en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, núm. 275/2017, de 3 de mayo, se incide en la relevancia de los conceptos extinciones adoptadas a iniciativa del empresario y por motivos no inherentes a la persona del trabajador, señalando que no deriva de la persona del trabajador un despido en el que se alega una causa objetiva vinculada al interés empresarial, ni puede imputarse a la conducta personal del trabajador un despido disciplinario que se reconoce como improcedente. En relación con esta cuestión, se recuerda que la transacción no altera la naturaleza del

⁴ Esta sentencia sigue el fallo del TS, núm. 283/2019, de 4 de abril, en la que se establece que quedan incluidos en el cómputo de trabajadores del artículo 51 del ET los contratos temporales concertados para la ejecución de una contrata que finalizan antes de tiempo por reducción de su volumen por la empresa comitente.

acto del despido, pues solo actúa poniendo fin al pleito provocado por esa decisión empresarial.

Finalmente, en las Sentencias de los juzgados de lo social (SJS) también encuentra recepción esta doctrina. Así, la SJS núm. 9 de Murcia, de 18 de febrero de 2021, entiende que también son computables a los efectos del artículo 51 del ET la finalización anticipada o *ante tempus* de los contratos de obra o servicio por disminución del volumen de trabajo por lo que deben de tramitarse por los cauces del procedimiento del despido colectivo las extinciones que superen los umbrales previstos en la norma. Igualmente, la SJS núm. 282, de Albacete, de 19 de octubre de 2020, declara nulo los despidos por fraude de ley aplicando la doctrina de despido de hecho o tácito para los supuestos de cierre de empresa sin ninguna declaración extintiva. En el caso concreto, se cerró el centro de trabajo, despidiendo a los trabajadores fijos de la empresa, pero no se incluyeron a los trabajadores fijos-discontinuos por lo que la extinción es nula.

Respecto del cauce de impugnación procesal, es de destacar la STS núm. 1108/2016, de 22 de diciembre, que cambia su anterior criterio de interpretación. Así, se declara que la acción de impugnación del despido colectivo en los supuestos de extinciones de contratos temporales *ante tempus* o fraudulentas y que superen los límites legales del artículo 51 del ET deben resolverse por la vía individual y no por colectiva⁵.

IV. APUNTE FINAL

De los fallos analizados merece destacar los siguientes aspectos más relevantes en la aplicación e interpretación de la doctrina de la Sentencia 25 de noviembre de 2013. En primer lugar, y respecto del cómputo de trabajadores, el despido de hecho comprende no solo los despidos por causas objetivas sino también los despidos improcedentes o nulos, quedando excluidos los despidos no recurridos ni pendientes de litigio judicial. Igualmente, en el cómputo de extinciones se incluyen tanto los contratos temporales celebrados en fraude de ley como los contratos extinguidos antes de tiempo sin justa causa. Y, en segundo lugar, las conciliaciones judiciales no pueden ser calificadas como extinciones por mutuo acuerdo entre empresario y trabajador o dimisiones del trabajador.

⁵ GONZÁLEZ GONZÁLEZ, C., «La impugnación del despido colectivo de hecho en la nueva doctrina del Tribunal Supremo», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 5 (2017), pp. 1 ss.

Todo ello ha sido posible, por un lado, aplicando la técnica de desenmascaramiento en el caso de la calificación de improcedencia de los despidos disciplinarios y objetivos, incluidas las conciliaciones, ya que siguen siendo despidos, esto es, extinciones adoptadas a iniciativa del empresario por motivos no inherentes a la persona del trabajador, que serán considerados colectivos si superan los umbrales del artículo 51 del ET, sin que el empresario pueda disponer de la aplicación del procedimiento colectivo al amparo de la actual regulación de la improcedencia del despido. Y, por otro, haciendo prevalecer el elemento cuantitativo frente al causal, ya que el elemento causal tiene que abrirse a todos los despidos por motivos no inherentes a la persona de trabajador distintos del artículo 49.1.c)⁶.

Para concluir cabe destacar la relevancia de esta doctrina en la calificación de nulidad de los despidos individuales ya que amplía los supuestos de hecho más allá de la vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas y por actos de discriminación.

⁶ DESDENTADO BONETE, A., «La delimitación legal del despido colectivo. El despido colectivo de hecho», *op. cit.*, pp. 67-68.