

1.1.1. El despido individual fraudulento por superación de umbrales

Dado que el proceso de despido colectivo es complejo y suele llevar implícito una mejora de las indemnizaciones legales establecidas para el despido objetivo individual (además de implicar costes adicionales a los puramente indemnizatorios), en no pocas ocasiones se buscan fórmulas diversas para evitarlo.

Para ello, la más habitual de todas es espaciar los despidos objetivos para evitar que se superen los umbrales, toda vez que, como ya se dijo, se computarán los despidos acordados en el periodo de 90 días.

Para evitar el juego del denominado «goteo» (término que pretende gráficamente hacer referencia a que se dispersan los despidos en largos periodos de tiempo), el artículo 51.1 del ET establece que:

Cuando en periodos sucesivos de 90 días y con el objeto de eludir las previsiones contenidas en el presente artículo, la empresa realice extinciones de contratos al amparo de lo dispuesto en el artículo 52 c) de esta ley en un número inferior a los umbrales señalados, y sin que concurran causas nuevas que justifiquen tal actuación, dichas nuevas extinciones se considerarán efectuadas en fraude de ley, y serán declaradas nulas y sin efecto.

Lo anterior implica que habrá que tener en consideración no solo los despidos que se pretendan hacer en los 90 días siguientes a un determinado momento (de forma que si van a superarse los umbrales, habría que realizar un despido colectivo), sino también cuántos se han realizado en el periodo de 90 días anteriores.

Durante muchos años, han existido dudas importantes y discrepancias en la doctrina judicial respecto de cuándo y hasta cuándo comenzaba el cómputo de los 90 días consecutivos, así como cuáles eran los periodos a considerar y cómo debía entenderse el término «consecutivos».

Dando una respuesta clara a ese respecto, la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 23 de abril de 2012 explicaba lo siguiente:

«El día del despido va a ser el día final del plazo (el *dies ad quem*) para las extinciones contractuales que se acuerden ese día, así como el día inicial (*dies a quo*) para el cómputo del periodo de los noventa días siguientes.

El cómputo debe hacerse por periodos "sucesivos" de noventa días, lo que supone que no cabe un cómputo variable (cambiable o movable) del periodo de noventa días, sino que debe fijarse un día concreto para determinar el día inicial y el final de cada periodo con la particularidad de que el día final de un periodo constituye el *dies a quo* para el cómputo del siguiente. Si ello es así, la solución no puede ser otra que la apuntada: el día en que se acuerda la extinción constituye el día final del cómputo del primer periodo de noventa días y el inicial del siguiente.»³

Por ello, a la hora de decidir si realizar o no un despido colectivo, habrá que tener en cuenta cuántos despidos se prevé realizar en los 90 días futuros (lo que habitualmente se traduce en cuántos despidos son necesarios) y, a su vez, revisar los efectuados los 90 días antes.

Y realizar ese análisis es capital, puesto que debe tenerse en cuenta el gravísimo efecto que tiene para la empresa no desarrollar el proceso de despido colectivo cuando, por el número de afectados, debería haberse seguido.

³ La citada Sentencia de 23 de abril de 2012 es de enorme interés, no solo por la aclaración que realiza respecto de la forma de cómputo, sino porque también prohíbe la planificación empresarial de los «goteos». Concretamente, afirma lo siguiente: «Una interpretación lógica sistemática del artículo 51.1 del ET nos muestra que el mismo, a efectos de definir el despido colectivo y diferenciado del individual, establece en su primer párrafo una norma general, mientras que en el último sienta una norma antifraude, encaminada a evitar la burla de la regla general. La norma general se conecta con el número de extinciones contractuales producidas "en un periodo de noventa días", término cuyo cómputo constituye la causa de este recurso. La regla antifraude se contiene en el último párrafo del precepto interpretado donde se dispone: "Cuando en periodos sucesivos de noventa días y con el objeto de eludir las previsiones contenidas en el presente artículo, la empresa realice extinciones de contratos al amparo de lo dispuesto en el artículo 52 c) de esta ley en un número inferior a los umbrales señalados, y sin que concurran causas nuevas que justifiquen tal actuación, dichas nuevas extinciones se considerarán efectuadas en fraude de ley, y serán declaradas nulas y sin efecto".

Esta doctrina general no sería de aplicación en los supuestos de obrar fraudulento con arreglo al artículo 6.4 del Código Civil, como acaece cuando la proximidad entre los sucesivos ceses es tan escasa que cabe presumir que el empresario sabía que a las extinciones acordadas se le unirían en fechas próximas otras con las que se superarían los umbrales del despido colectivo. Ello ha ocurrido en el presente caso en el que la proximidad entre las "nuevas extinciones" y la del actor es tan corta, dos días, que tan mínimo espacio de tiempo es revelador de un proceder intencionado por parte de la empresa que actuó sabiendo lo que había dos días después y no acordó simultáneamente todas las extinciones con el fin de eludir la aplicación de la norma general del artículo 51.1 del ET. Tal proceder debe anularse por fraudulento, conforme al artículo 6.4 del Código Civil, ya que, el corto periodo de tiempo existente entre las distintas extinciones contractuales revela que la decisión de extinguir varios contratos se tomó simultáneamente y que su ejecución se espació en el tiempo para evitar los trámites de los despidos colectivos, proceder que no puede impedir la aplicación de la norma que se trató de eludir».

Así, tanto el último párrafo del artículo 51.1 del ET, que ya se ha transcrito, como el artículo 123.2 de la LRJS, establecen que la consecuencia de que no se desarrolle el procedimiento de despido colectivo cuando sea preceptivo será la nulidad de todos los despidos que se impugnen.

Así, el citado artículo 123.2 de la LRJS establece que se declarará nulo el despido:

- b) Cuando se haya efectuado en fraude de ley eludiendo las normas establecidas por los despidos colectivos, en los casos a que se refiere el último párrafo del apartado 1 del artículo 51 del Texto Refundido de la Ley del ET.

Por lo tanto, la conclusión que puede alcanzarse es que, para evitar la nulidad de todos los despidos que se lleven a cabo sin seguir este procedimiento y saber si debe o no seguirse, habrá de tener en consideración:

- Todos los despidos objetivos por causas ETOP.
- Todos los despidos disciplinarios u objetivos de otros tipos, si son declarados o reconocidos como improcedentes, o las extinciones durante el período de prueba⁴ si superan, en conjunto, más de cinco.
- Las bajas voluntarias o por mutuo acuerdo incentivadas por un plan predefinido por la empresa.

Por el contrario, no deberán computarse las extinciones contractuales fundamentadas en:

- Despidos disciplinarios u objetivos por otras causas que se declaren procedentes.
- Las extinciones de contratos temporales cuando estos lleguen a su fin.
- Las acaecidas por jubilación e incapacidad permanente total.

⁴ Véanse, respecto del cómputo de las extinciones en período de prueba, las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 17 de marzo de 2011 o 16 de diciembre de 2010.

Y todo ello referido a la totalidad de la empresa y teniendo en consideración todas aquellas extinciones computables que se hayan realizado en los 90 días previos al inicio del despido colectivo.

Precisiones: número inicial de despidos y número final

Como se ha analizado al estudiar el principio de buena fe negociadora y se verá más en profundidad en un epígrafe posterior, el período de consultas del despido colectivo tiene como finalidad evitar o reducir los despidos y atenuar sus consecuencias para los afectados.

No deja de ser habitual, por ello, que la propuesta empresarial, en cuanto al número de despidos, sea muy distinta a la decisión final al respecto.

Cuando las empresas no son excesivamente grandes, esta situación podría llevar a que la intención de la empresa, por el número de despidos previstos, exigiera la implementación de un despido colectivo y, sin embargo, finalmente el número de afectados fuera inferior a los umbrales.

De cara a la decisión sobre el procedimiento a seguir, sin duda hay que tener en consideración la previsión de despidos, pues si estos se llevaran a cabo sin proceso negociador, superarían los umbrales.

Pero ello no nos tiene que hacer pensar que la empresa puede decidir articular o no un proceso de despido colectivo simplemente «infilando» el listado de supuestos afectados, toda vez que si se llegara a considerar judicialmente que esa situación se ha dado, podría llegar a considerarse la actuación empresarial como contraria al principio de buena fe negociadora.

Así sucedió en un supuesto resuelto por la reciente Sentencia de la Audiencia Nacional de 29 de mayo de 2013, en el que la Audiencia anuló un despido colectivo iniciado con la intención de despedir a 13 trabajadores que, finalmente y tras el período de consultas cerrado con acuerdo, llevó al despido únicamente de tres de ellos.

1.2. CAUSAS QUE LO JUSTIFICAN

Como se ha visto en la Unidad didáctica 2 del estudio, la medida que ahora se analiza tiene que estar justificada en causas ETOP.

Concretamente: