



DICTAMEN:

LA UNIDAD DE REFERENCIA EN LOS DESPIDOS COLECTIVOS

Objeto del Dictamen: El objeto del presente dictamen no es otro que el de estudiar las problemáticas que pueden surgir alrededor de la figura del despido colectivo. Para llevar a cabo tal fin, se tienen en cuenta las sentencias y asuntos más novedosos y relevantes tras la reforma laboral de 2012, haciendo especial énfasis en las decisiones judiciales de los tribunales en los últimos años, tanto europeos como españoles, que han versado sobre la unidad de referencia en el despido colectivo en búsqueda de la aplicación efectiva del Derecho europeo.

Dictamen Elaborado por: Miguel Pardinilla Guillén, alumno del segundo curso del Máster de Abogacía impartido por la Universidad de Zaragoza y la Escuela de Práctica Jurídica del R. e I. Colegio de Abogados de Zaragoza

Dirigido por: Rafael Álvarez Gimeno

Diciembre de 2016

| | |
|--|----|
| INTRODUCCIÓN | 3 |
| I. ANTECEDENTES DE HECHO | 6 |
| II. CUESTIONES JURIDICAS | 10 |
| 1. DESPIDO COLECTIVO: LEGISLACIÓN APLICABLE..... | 10 |
| 1.1. Normativa nacional. | 10 |
| 1.2. La Unión Europea: normativa y jurisprudencia..... | 12 |
| A) <i>Directiva 98/59</i> | 12 |
| B) <i>Jurisprudencia europea: su adopción en el Tribunal Supremo</i> | 14 |
| 2. APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA | 15 |
| 2.1. Eficacia Horizontal entre particulares | 16 |
| 2.2. Interpretación Conforme..... | 19 |
| A) <i>Concepto de Centro de Trabajo</i> | 20 |
| B) <i>Límites de la interpretación</i> | 22 |
| C) <i>No exclusión del Centro de Trabajo</i> | 23 |
| 2.3 Solución interpretativa en el caso propuesto: fusión de las normativas | 25 |
| 3. ACCIÓN Y PRETENSIONES | 27 |
| 3.1. Cuestiones Formales..... | 27 |
| A) <i>Legitimación</i> | 28 |
| B) <i>Modalidad procesal (especificidades)</i> | 29 |
| C) <i>Competencia</i> | 30 |
| 3.2. Fondo..... | 31 |
| A) <i>Cómputo de los despidos</i> | 32 |
| B) <i>Cómputo de los Plazos</i> | 36 |
| C) <i>Nulidad de los despidos</i> | 38 |
| D) <i>La concurrencia de las causas alegadas por el empresario</i> | 39 |
| E) <i>Medidas cautelares</i> | 41 |
| III. CONCLUSIONES | 42 |
| IV. BIBLIOGRAFÍA | 44 |

INTRODUCCIÓN

A lo largo de este trabajo se va a hacer un estudio de un caso concreto en el que se van a presentar diversos problemas que pueden surgir a partir de un despido colectivo o, más bien, de lo que se debe considerar como tal. El caso que se propone a continuación no es real sino que, mediante la fusión de varias circunstancias y hechos vistos en sentencias y casos reales, se ha pretendido crear un asunto que reúna las principales y nuevas problemáticas en torno a esta figura.

El despido colectivo, como su propio nombre indica, pertenece al género de los despidos. Esto se traduce en que, al igual que todos ellos, pretende finalizar o extinguir la relación laboral existente entre un empresario y sus trabajadores por voluntad unilateral del empresario. Sin embargo, es una figura diferenciada de las demás en tanto que se piden justificaciones y requisitos diferentes (se distingue en la causa de los despidos disciplinarios; y en el número de trabajadores afectados, de la extinción por causas objetivas), puesto que ha de afectar a un número concreto de trabajadores en un ámbito de referencia concreto y debe reunir una serie de causas justificativas que permitan llevar a cabo tal procedimiento. Hay que tener en cuenta, sin embargo, tal y como dice la STS de 25 de noviembre de 2013, que si bien «una decisión extintiva de carácter colectivo puede adoptarse formalmente como tal, sometiéndose al procedimiento legalmente previsto en el art. 51 del Estatuto de los Trabajadores y en sus normas de desarrollo reglamentario [...] puede también producirse al margen de este procedimiento - prescindiendo, por ejemplo, del periodo de consultas- o incluso ocultando su carácter colectivo. En el primer caso, estaríamos ante un despido colectivo irregular y en el segundo ante lo que la sentencia recurrida denomina, con acierto, un "despido colectivo de hecho", que también podría calificarse en determinados casos como un despido fraudulento». De la misma se extrae que un despido colectivo no debe cumplir con la regulación debida para ser considerado como tal, sino que puede ser efectuado al margen de la misma siendo un «despido colectivo de hecho», lo que puede nos llevar a considerarlo como irregular o incluso como fraudulento.

Pero el despido colectivo no es una figura nueva, sino que aparece por primera vez en el sistema legal español en la década de los años 30 del siglo XX, momento en el que fue denominado despido «de crisis». La figura ha evolucionado bastante a lo largo

del siglo y ha tenido sus más recientes transformaciones en las reformas laborales de 2010 y de 2012 llevadas a cabo por los gobiernos del Partido Socialista y del Partido Popular respectivamente. Estas adaptaciones legales han dado lugar a una flexibilización de las exigencias ya que no solo se limita a tiempos «de crisis» sino que es justificable una previsión de pérdidas o incluso meros cambios organizativos, productivos o técnicos ajenos a problemas económicos.

La regulación del despido colectivo se encuentra principalmente en el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores, así como en el artículo 124 LRJS en cuanto su procedimiento jurisdiccional. En relación al procedimiento del despido colectivo en sí, está desarrollado en el RD 1483/2012 de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada.

Dicha normativa se ha formalizado dentro del marco de la legislación internacional aplicable en nuestro país, principalmente el Convenio de la OIT número 158 de 1982 sobre terminación de la relación de trabajo y la Directiva 98/59/CE, de 20 de julio de 1998 de la Unión Europea, relativa a la aproximación de la legislación de los Estados miembros sobre el despido colectivo. La relación de la normativa interna española con la Directiva europea citada va a ser la base principal de este trabajo, sobre todo por lo relevante de las últimas decisiones del TJUE y de la asunción de la doctrina establecida por este por parte del Tribunal Supremo. En esta introducción hay que nombrar como origen de la "problemática" y por su relevancia la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 13-5-2015, asunto "Rabal Cañas" (C-392/13) que se va a citar a lo largo del trabajo.

Como se ha dicho, a partir de esta sentencia, este mismo año el Tribunal Supremo se ha visto obligado a adaptar la regulación interna que, hasta ahora, parecía totalmente acorde con el derecho comunitario. Esta decisión, su interpretación y conclusiones van a servir como base para el estudio del caso que se propone a continuación que, además de este punto, tratará otros temas recientes relacionados como cuáles han de ser las extinciones que se deben computar para determinar si ha habido despido colectivo; cómo debe ser la unidad de referencia, no solo de tamaño sino también cualitativamente; los efectos que pueden derivar un despido colectivo "de hecho"; las causas que lo originan, etc.

Sin duda se presenta un trabajo que, además de intentar despejar algunas dudas que pueden surgir de tales sentencias (o al menos de plantear algunas) va a demostrar la necesidad de una adaptación normativa inevitable, un cambio legal que defina los claroscuros de las decisiones jurisdiccionales que han surgido en los últimos tiempos en torno al despido colectivo.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

Tal y como se ha dicho en la introducción, los antecedentes de hecho que a continuación se van a exponer no forman parte de un único caso real, sino que se ha intentado conjugar diferentes cuestiones en un solo caso para hacer un amplio repaso de las posibles combinaciones que pueden aparecer en una reclamación de despido colectivo:

El día 5 de diciembre de 2016, el Comité de empresa de la mercantil NOMBRE S.A. acude al despacho en busca de asesoramiento porque se han sucedido una serie de despidos separados en el tiempo y quiere saber si la empresa ha cometido alguna irregularidad ya que creen que se han podido superar los umbrales legales establecidos para las extinciones de un despido colectivo, lo que podría originar una infracción de las normas que establecen el procedimiento de dicho despido. Con base en una serie de datos que facilitan a continuación, exponen sus sospechas de un incumplimiento empresarial. Los datos que nos facilita el Comité son los siguientes:

PRIMERO.- La empresa NOMBRE S.A. se compone de tres grandes centros de trabajo sites en Valencia, Bilbao y Zaragoza. Es una empresa grande que cuenta, según los datos obtenidos, con una plantilla regular de 427 trabajadores. Éstos se reparten de la siguiente forma: 105 trabajadores en el centro de Valencia; 144 en el centro de trabajo de Bilbao; y, en último lugar, 178 trabajadores en el centro de trabajo de Zaragoza.

SEGUNDO.- El día 30 de noviembre de 2016 se notifica a título individual a cuatro trabajadores del Centro de Trabajo de Zaragoza que se va a proceder a extinguir la relación laboral que mantienen con la empresa a causa de determinados motivos económicos derivados de la crisis y un descenso en la demanda. La extinción tiene efectos a partir del día 22 de diciembre de 2016. Todos ellos prestaban servicio en virtud de contratos de trabajo por tiempo indefinido.

TERCERO.- Como se ha dicho, tienen conocimiento de que en el centro de trabajo se han ido extinguendo más contratos desde hace unos meses. Presentan una lista con las extinciones que les han sido comunicadas por el empresario. Concretamente, en la empresa se han extinguido los siguientes puestos de trabajo desde el día 26 de septiembre de 2016 (desglosado por centros de trabajo):

a) CT Valencia:

1º. 2 despidos objetivos por causas organizativas, día 26/09/16.

2º. 1 despidos objetivos, misma causa, día 28/10/2016.

b) CT Bilbao:

1º. 4 despidos objetivos por causas organizativas, día 27/09/2016.

2º. 2 despidos objetivos, misma causa, 6/11/16.

c) CT Zaragoza:

1º. 2 despidos objetivos, causa económicas, día 27/09/2016.

2º. 8 despidos objetivos, misma causa, 9/10/16.

3º. 3 despidos disciplinarios, día 18/10/2016. Declarados improcedentes con fecha 02/12/2016.

4º. 2 despidos objetivos, misma causa, 2/11/2016.

5º. 1 extinción de contrato por finalización de obra 5/11/16.

6º. 4 despidos. Los tratados actualmente, con fecha de efectos 22/12/16.

Se produce en la empresa un número total de 29 extinciones entre los días 26 de septiembre y 22 de diciembre de 2016: 3 en Valencia, 6 en Bilbao y 20 en Zaragoza, el centro más afectado por las extinciones, contando con los 3 despidos disciplinarios producidos el día 18 de octubre y la finalización en fecha la fecha pactada del contrato por obra del 5 de noviembre.

CUARTO.- El Comité, en una de las reuniones, también informa de una actuación empresarial que puede poner en duda la buena fe de los despidos llevados a cabo por la empresa: en los meses de septiembre y octubre de 2016 se ha contratado a 6 trabajadores mediante contratos temporales para prestar servicios en los mismos grupos profesionales que los afectados por las sucesivas extinciones.

De este hecho se tiene conocimiento por la obligación legal del empresario de remitir a los representantes de los trabajadores copia de los nuevos contratos que deban formalizarse por escrito (artículo 8.4 del Estatuto de los Trabajadores).

QUINTO.- Las causas alegadas por la mercantil NOMBRE S.A. para todas las extinciones de contrato por causas objetivas coinciden y puede resumirse en los siguientes puntos:

1º. Desde el punto de vista económico, la empresa hace referencia al complicado contexto económico debido a la larga crisis que sufre el país y del que la empresa misma no es ajena, teniendo en cuenta además que toda su actividad económica se concentra en España.

2º. La empresa apostó por un gran crecimiento en los años previos a la crisis económica debido a la posibilidad real de aumentar su influencia en el mercado nacional. Sin embargo, durante los últimos años la demanda de sus productos ha bajado de forma persistente y, por tanto, también las ventas.

3º. Que debido a las dos causas previas, durante los años 2014 y 2015 ya hubo una disminución de los ingresos que se tradujo en una reducción de los mismos de un 4% y un 9% respectivamente en comparación con el año inmediatamente anterior. Además, durante los dos primeros trimestres de 2016 se ha constatado la disminución de ventas e ingresos al tener niveles ligeramente inferiores (2%) a los del año 2015 y sin previsión de mejora.

4º. Por todo ello, no resulta productivo mantener un puesto de trabajo pensado en su origen para mantener una mayor producción de la que se necesita actualmente, por lo que la empresa debe hacerse cargo de la amortización del puesto de trabajo para mantener sus expectativas empresariales, su competitividad y su influencia creciente en el mercado nacional.

En resumen, expone datos que reflejan la reducción de ingresos durante, al menos, dos años consecutivos y en los dos primeros trimestres de este año, aunque en ningún caso refleja pérdidas.

SEXTO.- Los tres despidos disciplinarios del día 18/10/16 han sido reconocidos y declarados improcedentes en la conciliación judicial que se llevó a cabo el día 2 de

diciembre por no haber realmente causa de despido, aunque efectivamente se ha producido la extinción de la relación contractual, ya que se optó por abonar las indemnizaciones correspondientes.

Algunas de las extinciones por causas objetivas han sido reclamadas judicialmente y están a la espera de juicio. Otras, sin embargo, han sido firmadas por los trabajadores aceptando el finiquito y el efecto extintivo de la decisión empresarial.

SÉPTIMO.- Ninguno de los trabajadores afectados por los despidos ostenta la condición de representante unitario o sindical.

II. CUESTIONES JURIDICAS

1. DESPIDO COLECTIVO: LEGISLACIÓN APLICABLE

1.1. Normativa nacional.

Con base en los antecedentes expuestos anteriormente, cabe plantearse varias cuestiones. Sin embargo, la primera idea que aparece al ver un goteo constante de despidos en un plazo tan corto llevados a cabo por la misma empresa es la de esclarecer si ha existido un despido colectivo de hecho, es decir, si se ha producido un despido colectivo pero oculto en una serie de despidos objetivos individuales.

Sin duda, la norma nacional a la que debemos acudir para dilucidar si ha existido un despido colectivo oculto se encuentra en el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores (ET) que versa sobre esta materia. Este artículo concreta unos límites cuantitativos en cuanto al número de extinciones que deben producirse para ser considerado un despido colectivo en relación con el número de trabajadores que presten servicio de una empresa. En el primer párrafo de su primer apartado establece lo siguiente: «1. A efectos de lo dispuesto en esta ley se entenderá por despido colectivo la extinción de contratos de trabajo fundada en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción cuando, en un periodo de noventa días, la extinción afecte al menos a:

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

Se entiende que concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas. En todo caso, se entenderá que la disminución es persistente si durante tres trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior.

Se entiende que concurren causas técnicas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción; causas organizativas

cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción y causas productivas cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado.

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

Para el cómputo del número de extinciones de contratos a que se refiere el párrafo primero de este apartado, se tendrán en cuenta asimismo cualesquiera otras producidas en el periodo de referencia por iniciativa del empresario en virtud de otros motivos no inherentes a la persona del trabajador distintos de los previstos en el artículo 49.1.c), siempre que su número sea, al menos, de cinco..

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

Recordemos que la empresa sobre la que estamos trabajando mantiene en plantilla a unos 427 trabajadores. Como hemos visto en el artículo expuesto, para que pueda ser considerado un despido colectivo este debe afectar al menos a treinta trabajadores si la empresa ocupa a más de trescientos trabajadores. La empresa, en efecto, tiene una plantilla estable mayor que trescientos y en ningún caso, según los datos de los que disponemos, superaría los umbrales establecidos literalmente en la norma nacional, puesto que la suma del total de las extinciones sucedidas en los tres centros de nuestra empresa (Bilbao, Valencia y Zaragoza) es de 29. Aunque se sitúa al límite de lo contenido en la normativa, no podría considerarse de ninguna manera colectivo.

Completando esta afirmación, hay que observar que el plazo establecido por la norma en el que han de acometerse estas extinciones es de 90 días, algo que sí se cumple ya que la primera tuvo efectos en el día 26/09/16 mientras que la última tiene efectos a día 22/12/16. Un total de 87 días. No hay conocimiento de que se haya producido alguna extinción más de las descritas dentro de este plazo, por lo que, insisto, no podríamos considerar la existencia de un despido colectivo en esta empresa si nos ajustamos a la redacción literal de la norma española.

1.2. La Unión Europea: normativa y jurisprudencia.

A) *Directiva 98/59*

A pesar de lo expuesto anteriormente, es importante recordar, aunque no descubra nada nuevo, que España forma parte de la Unión Europea, una organización política y económica supranacional capaz de crear su propio cuerpo normativo, por lo que no podemos quedarnos al margen de la normativa o jurisprudencia europea, más bien todo lo contrario.

En los últimos tiempos hemos visto cómo las decisiones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) han afectado enormemente a las relaciones laborales establecidas en nuestro país. Algunas de estas decisiones, basadas en normas de Derecho Europeo, han sido muy mediáticas por todas las consecuencias que pueden derivarse de las mismas al enfrentarse en algunos casos con la normativa nacional. Por ejemplo, por citar la más relevante mediáticamente, se dictó que no era posible que una trabajadora española que estuvo trabajando 9 años de interina en el Ministerio de Defensa acabara su contrato sin derecho a indemnización alguna, sino que dicho derecho a indemnización debía equipararse a la de un puesto fijo comparable y derivar en una indemnización igual a la que tendría el puesto comparable, es decir, que debería tener una indemnización igual a la de quien ve extinguida su relación laboral por causas objetivas (esta decisión no ha estado exenta de cierta polémica por, entre otras cosas, falta de concreción). En España, sin embargo, la normativa no contempla ninguna indemnización en caso de finalización de un contrato de interinidad. Pues bien, tomando en consideración la posición de España como Estado miembro de la Unión Europea, debemos estar a lo que dictan la jurisprudencia y la norma europea ya que son de obligada aplicación en los estados miembros y, por tanto, también en España.

El derecho de la Unión, por tanto, no es ajeno a la conflictividad laboral y ha desarrollado normas relacionadas con diversos aspectos del Derecho del Trabajo en busca de la uniformidad y del acercamiento de las legislaciones de los Estados Miembros. Entre ellas, encontramos la regulación que de verdad nos importa para el caso que tenemos que estudiar: la Directiva 98/59 CE del Consejo, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos. Su propio preámbulo establece su intención de favorecer la «aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre despidos colectivos» y superar las diferencias existentes entre las disposiciones de los mismos teniendo en cuenta su «incidencia directa en el funcionamiento del mercado interior».

Ahora bien, ¿qué relevancia tiene esta Directiva en el caso que se nos presenta? En su artículo 1 se exponen unos límites cuantitativos del mismo modo que lo hace el artículo 51.1 ET, aunque con algunas variaciones. Establece lo siguiente: «1. A efectos de la aplicación de la siguiente Directiva: a) se entenderá por despidos colectivos los despidos efectuados por un empresario, por uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores, cuando el número de despidos producidos sea, según la elección efectuada por los Estados miembros:

i) para un periodo de 30 días:

- al menos igual a 10 en los centros de trabajo que empleen habitualmente más de 20 y menos de 100 trabajadores, al menos el 10% del número de los trabajadores, en los centros de trabajo que empleen habitualmente como mínimo 100 y menos de 300 trabajadores.

- al menos igual a 30 en los centros de trabajo que empleen habitualmente 300 trabajadores, como mínimo;

ii) o bien, en un periodo de 90 días, al menos igual a 20, sea cual fuere el número de los trabajadores empleados en los centros de trabajo afectados».

Hay enormes diferencias entre el artículo arriba expuesto y el 51.1 ET. Sin duda, la más relevante es la unidad de referencia a la que hay que atender a la hora de computar los despidos. No habla la Directiva de "empresa", como hace el 51.1, que lo hace de forma indubitada y clara, sino que se refiere exclusivamente al ámbito referencial del "centro de trabajo". Lo que nos sugiere esta diferencia es que la

normativa española podría ser totalmente contraria a la Directiva europea ya que no ha habido una transposición directa de la norma.

Otra diferencia relevante sobre la que hay que trabajar en este caso es la de los plazos. El legislador español optó por establecer un plazo único de 90 días en el que debían suceder las extinciones¹ mientras que la Directiva propone dos soluciones diferentes, entre las que encontramos plazos de 30 días o de 90, cada uno con su relación de umbrales numéricos, a elección del Estado miembro.

B) Jurisprudencia europea: su adopción en el Tribunal Supremo.

La posibilidad de que la norma nacional sea contraria a la europea ya se ha estudiado e interpretado en sentencias muy relevantes dictadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), como es el caso del asunto "Rivera Pujante" (STJUE de 11 de noviembre de 2015, C-422/14) y de otros más recientes como el asunto "Wilson" (STJUE 30 de abril de 2015, C-80/14) o los asuntos "Rabal Cañas" y "Lyttle" (estas últimas del 13 de mayo de 2015, C-392/13 y C-182/13, respectivamente). Concretamente, en la Sentencia que resuelve el caso "Rabal Cañas" se dice que «infringe el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 98/59 una normativa nacional que introduce como única unidad de referencia la empresa y no el centro de trabajo, cuando la aplicación de dicho criterio conlleva obstaculizar el procedimiento de información y consulta establecido en los artículos 2 a 4 de esta Directiva, siendo así que, si se utiliza como unidad de referencia el centro de trabajo, los despidos de que se trata deberían calificarse de despido colectivo a la luz de la Directiva».

Para evitar el efecto negativo de una infracción de la norma europea, el Tribunal Supremo (TS) ha tenido la oportunidad de pronunciarse asumiendo la doctrina interpretativa del TJUE en su muy reciente sentencia del 17 de octubre de 2016, un caso parecido y cercano al que se ha propuesto, pero con algunas diferencias. El TS acepta y hace suya la interpretación del caso "Rabal Cañas" con el objetivo de aplicar de forma viable la Directiva 98/59. Con anterioridad a dicha sentencia, el TS ya se pronunció sobre este tema aunque en sentido contrario, es decir, aplicando el artículo 51 ET al

¹ Además, se incluye una cláusula antifraude en el último párrafo del apartado 1 del artículo 51 ET que propone una sucesión de periodos de 90 días en caso de que haya habido fraude por parte de la empresa a la hora de efectuar los despidos con el objetivo evitar la norma general del periodo de 90 días. Sin embargo no cabe estudiarlo en este trabajo ya que no hay conocimiento de que hayan existido otras extinciones además de las mencionadas en el apartado de Antecedentes.

considerarlo más favorable (STS de 18 de marzo de 2009, rec, 1878/2008). Sin embargo, ya entonces advirtió «de que la aplicación de la Directiva en algún hipotético supuesto, pudiera determinar un efecto no menos favorable que la norma nacional, circunstancia que, en cualquier caso, no enerva lo ya señalado con respecto a que la función de garantía y protección de los trabajadores en caso de despidos colectivos -a la que se refiere la propia norma comunitaria- la cumple mejor nuestra norma de derecho interno».

Los tribunales españoles, como bien admite la STS 17/10/16, de la que hemos hablado en el párrafo anterior, están vinculados por las decisiones de la jurisprudencia comunitaria. Se expone cómo la STS 23/03/15 ya expresó que «no ofrece dudas la prevalencia o primacía de la jurisprudencia comunitaria sobre la doctrina o jurisprudencia de los tribunales de los países miembros en la interpretación o aplicación de los preceptos y disposiciones del Derecho comunitario, porque de conformidad con el art. 234 del Tratado CE -anterior art. 177-, la doctrina establecida por el TJUE, al resolver cuestiones prejudiciales, es vinculante para el Tribunal Supremo y ha de acatarla». De la misma forma, tal y como dice también la STS 17/10/16, la normativa interna española también ha concretado este aspecto en el art. 4 bis de Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), introducido por la LO 7/2015 de 21 de julio: «1. Los jueces y Tribunales aplicarán el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», norma que según la STS citada, lo establece «en manifestación del carácter vinculante de dicha jurisprudencia».

2. APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA

Por todo lo dicho anteriormente, no cabe duda de que el TS tiene que aplicar la jurisprudencia emitida por el TJUE. Sin embargo, este proceso puede ser delicado si la jurisprudencia que ha de seguir es contraria a alguna disposición interna ya que no puede aplicarse de ningún modo una normativa contraria. Como hemos visto en este caso, sí que habría en apariencia una contrariedad entre la norma interna (art. 51 ET) y la normativa europea aplicable en este caso (Directiva 98/59). Esto ocurre porque no ha habido una transposición del Derecho comunitario al Derecho interno por parte del legislador nacional.

La consecuencia de que el legislador nacional no haya cumplido con su obligación de transposición puede derivar en una demanda del afectado (o de los afectados) contra el mismo Estado incumplidor para que se le obligue a resarcir daños y perjuicios que haya podido causar por su falta de transposición. Es decir, por la no transposición de la norma europea, su imposible aplicación directa o por no poder interpretarse la norma interna conforme a la misma, el Estado puede ser demandado por el sujeto afectado, es decir, por aquél que hubiera obtenido algún beneficio o hubiera evitado un perjuicio en un caso concreto si se hubiera podido aplicar la norma europea, hecho al que está obligado el Estado miembro.

Llegados a este punto debemos analizar si existe la posibilidad de aplicar a este caso la norma europea o si se puede interpretar la normativa interna conforme a la misma con el objeto de saber si la norma interna es totalmente contraria a la norma europea. Para ello, nos vamos a acoger al razonamiento seguido por la ya citada STS 17/10/16, concretamente a partir de su Fundamento de Derecho Séptimo.

2.1. Eficacia Horizontal entre particulares

En primer lugar, el Tribunal Supremo se dirige hacia la doctrina establecida por él mismo. En concreto, a la «sentencia de la Sala General de 8 de junio de 2016 (rec. 207/2015), sobre la aplicación y alcance del principio de primacía y aplicación directa del derecho de la Unión Europea frente a las legislaciones nacionales que lo contradigan, y sus efectos jurídicos cuando se trata de un litigio entre particulares». Como ya hemos visto la vinculación que le supone la jurisprudencia europea a la española, nos vamos a centrar exclusivamente en la efectividad de la norma. Se expone un resumen de la sentencia citada que dice:

«A) El principio de primacía del Derecho de la Unión Europea forma parte del acervo comunitario incorporado a nuestro ordenamiento con motivo de la adhesión, habiendo sido aceptado por la propia Constitución Española en virtud de su art. 93 (STC 145/2012, de 2 /julio, FJ 5).

[...]

C) La llamada «eficacia directa» del Derecho derivado UE -posibilidad de aplicar el Derecho de la Unión en los Estados miembros con independencia de las previsiones del Derecho interno- se halla limitada en principio a los Reglamentos de la

UE, que son «directamente aplicables en cada estado miembro» [art. 288 TFUE], por integrarse en los ordenamientos jurídicos nacionales a partir de su publicación en el DOUE [art. 297 TFUE].

D) [...] a partir de la STJ 04/12/1971 [asunto C-41/74 «Van Duyn»] la posibilidad de eficacia directa se extiende [...] al sentarse el criterio de que las Directivas pueden ser directamente aplicadas en los Estados miembros en los supuestos de falta de ejecución o ejecución incorrecta.

E) Eficacia directa que ha de excluirse en el marco de las relaciones privadas, pues «una Directiva no puede, por sí sola, crear obligaciones a cargo de un particular y no puede, por consiguiente, ser invocado en su calidad de tal en su contra», por más que en algún supuesto el TJUE ha admitido la aplicación directa [...] Pero ha de resaltarse: a) que no se consagra la «eficacia horizontal» de la Directiva, sino la «eficacia directa» del derecho que la misma regula [...] dotado de cualidad de derecho fundamental [...].

F) Las insuficiencias que la inaplicabilidad directa [...] y el posible daño colateral que ello generaría para los particulares interesados, se suavizan -como observa la doctrina especializada- con dos líneas de actuación: 1º. la eficacia interpretativa de las Directivas, en la aplicación del Derecho nacional, conforme al principio de interpretación conforme; y 2º) la posible responsabilidad del Estado incumplidor por los daños y perjuicios que pueda causar s incumplimiento de la Directiva.

G) Frente a las indeseadas consecuencias de la inaplicabilidad directa inter privados de las Directivas, el primer instrumento corrector es el de interpretación conforme, que se perfila por el TJ diciendo que el órgano jurisdiccional está obligado a hacer todo lo posible [para] alcanzar el resultado a que se refiere la directiva y de esta forma atenerse al párrafo tercero del artículo 189 del Tratado -actual 288 TFUE (SSTJ 13/11/1990, asunto Marleasing). [...] se abren distintas posibilidades: 1º) su aplicación directa en los litigios entre particulares y la Administración Pública del Estado, eficacia vertical; 2º) tratándose en cambio de un litigio entre particulares, eficacia horizontal, entra en juego el principio de aplicación conforme [...]; 3º) de no ser factible una interpretación conforme, no le queda al particular perjudicado otra opción que reclamar una indemnización por daños y perjuicios al Estado infractor».

Ahondando en esta línea jurisprudencial, sucesiva jurisprudencia del TJUE² precisa de la siguiente forma que «Si bien es verdad que, en caso de un litigio entre particulares, el Tribunal de Justicia ha declarado, de modo reiterado, que una directiva no puede, por sí sola, crear obligaciones a cargo de un particular y que una disposición de una directiva no puede, por consiguiente, en su calidad de tal, ser invocada contra dicha persona [...] no es menos cierto que el Tribunal de Justicia también ha declarado repetidamente que la obligación de los Estados miembros, derivada de una directiva, de alcanzar el resultado que ésta prevé, así como su deber de adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de dicha obligación, se imponen a todas las autoridades de los Estados miembros, incluidas, en el ámbito de sus competencias, las autoridades judiciales». Se deduce de este fragmento que el Estado miembro está obligado a intentar la aplicación de la directiva por todos los medios posibles con el fin de asegurar su cumplimiento, incluyendo de forma expresa a los órganos jurisdiccionales. La misma afirmación la confirma la STJUE 19 de abril de 2016 (C-441/2014, asunto "Dansk Industri") al establecer en su apartado 29: «debe recordarse la reiterada jurisprudencia con arreglo a la cual, cuando los órganos jurisdiccionales nacionales deben resolver un litigio entre particulares en el que se pone de manifiesto que la normativa nacional controvertida es contraria al Derecho de la Unión, corresponde a dichos órganos jurisdiccionales asegurar la protección jurídica que para los justiciables se deriva de las disposiciones del Derecho de la Unión y garantizar su pleno efecto».

En conclusión, al estar frente a un caso entre particulares (trabajador contra empresa) no podemos ejercer una aplicación de eficacia directa de la norma europea al tratarse esta de una Directiva y no de un Reglamento. Sin embargo, como se ha puntualizado, existe la posibilidad de que los órganos jurisdiccionales nacionales competentes puedan llevar a cabo la llamada "interpretación conforme" para evitar el posible perjuicio al particular afectado. Por lo tanto sí que existe una posibilidad de aplicación de la Directiva a este caso entre particulares, siempre y cuando la normativa española pueda ser objeto de esta interpretación conforme respecto al objetivo de la Directiva 98/59 y no sea contraria a la misma, lo que imposibilitaría su aplicación y

² Véanse, en particular, las sentencias *Marshall*, 152/84, EU:C:1986:84, apartado 48; *Faccini Dori*, C-91/92, EU:C:1994:292, apartado 20; *Pfeiffer y otros*, C-397/01 a C-403/01, EU:C:2004:584, apartado 108; *Kücükdeveci*, C-555/07, EU:C:2010:21, apartado 45); y *von Colson y Kamann*, 14/83, EU:C:1984:153, apartado 26.

derivaría, como hemos visto, en una responsabilidad del Estado español por infringir su deber como Estado miembro de mantener su legislación conforme a la normativa europea. Por tanto, puede existir eficacia horizontal si se demuestra posible una interpretación del artículo 51 ET conforme al artículo 1 de la Directiva 98/59 CE.

2.2. Interpretación Conforme

En este punto, es conveniente adherirse a la interpretación que fundamenta la STS del 17/10/16. El objetivo principal radica en conseguir que la norma española, al no ser totalmente contraria a la norma europea, se pueda interpretar de tal forma que cubra con suficiencia los objetivos de la Directiva, en cuyo preámbulo proclama su finalidad de «reforzar la protección de los trabajadores» considerando su contenido de «carácter de norma mínima mejorable por las legislaciones y normas nacionales a favor de los trabajadores». Es importante que la Directiva, en su artículo 5, deje la puerta abierta a mejoras en favor de la parte débil de la relación laboral, los trabajadores, puesto que así se va a poder efectuar una interpretación conforme de la norma nacional de forma más sencilla, ya que en algunos aspectos puede considerarse al artículo 51 ET como más beneficioso para los derechos y garantías de los trabajadores.

Al respecto de este asunto, debemos nombrar las Sentencias del TJCE de 18 de enero y 15 de febrero de 2007 (C-385/2005 y C-270/2005) que vienen a recordar y concretar lo ya dicho en el preámbulo: «se desprende que esta Directiva tiene por objeto establecer una protección mínima en materia de información y consulta de los trabajadores en el caso de despidos colectivos, aunque los Estados miembros podrán adoptar medidas nacionales más favorables para los referidos trabajadores». Pese a la opción que se tuvo en cuenta en la STS 18/03/09, en la que se concluyó que para ese caso en concreto la norma nacional era más favorable que la Directiva 98/59 porque ampliaba la unidad de referencia al nivel de empresa y además exige una justificación para la extinción de los contratos que necesita previa autorización administrativa³, vemos que en este caso podría ser exactamente al revés, tal y como ocurre en la STS 17/10/16 que vamos a seguir.

³ La exigencia de la autorización administrativa previa aún era exigible cuando se dictó la sentencia. Desde la reforma laboral de 2012, en busca de igualar la norma interna a la de los miembros europeos, la decisión de despedir colectivamente está sometida al control judicial, en exclusiva.

Pues bien, esta sentencia parte de la obligación clara del artículo 1 de la Directiva 98/59 de tener en cuenta como unidad de referencia básica y mínima el Centro de Trabajo. Será a partir de ahí donde los Estados miembros podrán optar por mejorar y ampliar el ámbito de protección de los despidos colectivos, bien introduciendo cómputos diferentes para tener en cuenta plazos más largos, bien trazando otros límites cuantitativos menos exigentes en cuanto al cómputo de los despidos o bien estableciendo otra unidad de referencia, como la empresa, que en ningún caso podría excluir la unidad de referencia mínima de la Directiva, es decir, el centro de trabajo, sino que debería ser complementaria a la misma para usarse en aquellos casos en los que su aplicación pudiera ser más favorable para a los trabajadores.

De esta forma, se trae a colación la ya citada STJUE del asunto "Rabal Cañas" que concluye: «se opone a una norma nacional que introduce, como única unidad de referencia, la empresa y no el centro de trabajo, [...] siendo así que, si se utilizase como unidad de referencia el centro de trabajo, los despidos de que se trata deberían calificarse de despido colectivo a la luz de la definición que figura en el artículo 1, apartado 1, párrafo primero, letra a), de dicha Directiva». Refiriéndose esta sentencia al artículo 51.1 ET, si queremos llevar a cabo una interpretación conforme, no queda otra opción que la de incluir el Centro de trabajo como unidad de referencia mínima en el contenido de dicho artículo.

A) Concepto de Centro de Trabajo

Sin embargo, para conseguir esta interpretación tenemos que definir en primer lugar qué es un centro de trabajo, ya que el concepto europeo no es 100% coincidente con el español. Es un tema muy relevante para cualquier caso de este tipo, aunque en el que tratamos actualmente, *a priori*, no parece traer muchos quebraderos de cabeza puesto que un centro de trabajo tan grande difícilmente puede estar fuera de cualquier definición basada en su relevancia, autonomía o autoorganización.

Pues bien, es importante tratar aquí la también reciente STJUE de 30 de abril de 2015, asunto "Wilson" donde se trata este tema. Lleva a cabo la realización una lista de elementos y cualidades que debe reunir un centro de trabajo para ser considerado dentro de lo dictado en la Directiva 98/59. Este caso acontece en el Reino Unido y la disputa se origina tras un despido de varios trabajadores en el que el sindicato actuante y la Sra. Wilson alegan, con el objeto de persuadir al juez de que realmente sí existió despido

colectivo, que el concepto «centro de trabajo» debe expandirse hasta considerarse que existe despido colectivo si un mismo empresario extingue al menos 20 relaciones laborales, independientemente de los centros de trabajo en que presten sus servicios los trabajadores afectados (se trata de una interpretación que podría considerarse cercana a la norma interna española del artículo 51.1 ET que como se ha visto tiene su unidad de referencia en la empresa). Subsidiariamente, si no aceptara el juez esta interpretación de la Directiva, añaden que el concepto «centro de trabajo» debería abarcar la "actividad comercial". Como se dice en la sentencia «a su parecer, la unidad económica está formada por el conjunto de la actividad comercial». También defiende la parte actora que considerar cada tienda de una empresa un centro de trabajo deja indefensos a los trabajadores, puesto que en el mismo procedimiento de despido colectivo de hecho, podría protegerse con más garantías a unos trabajadores y a otros no, haciendo especial hincapié en la desventaja de los trabajadores de centros de trabajo y empresas más pequeñas.

A todo esto responde el tribunal con varias puntualizaciones. En primer lugar, que el concepto de «centro de trabajo» no puede depender de ningún modo de la interpretación o definición legal que dé cada uno de los Estados miembros al mismo, por lo que «debe ser objeto de una interpretación autónoma y uniforme en el ordenamiento jurídico de la Unión». En segundo lugar, añade que el TJUE ya ha interpretado con anterioridad este concepto incluido en la Directiva 98/59 en los asuntos "Rockfon" (EU:C:1995:420) y "Botzen y otros" (EU:C:1985:58) en las que se dice que la relación laboral se establece entre el trabajador y aquella parte de la empresa en la que se halle adscrito para prestar sus servicios, por lo que las extinciones en otros centros, en principio, quedarían excluidas del procedimiento principal. Como tercera característica a destacar, los despidos computables pueden pertenecer a una unidad parte de la empresa que no necesita facultad para efectuar autónomamente despido para ser considerada "centro de trabajo". Como la sentencia Wilson nombra más adelante y el TS cita textualmente a modo de conclusión definitiva, «a efectos de la aplicación de la Directiva 98/59, puede constituir concretamente un "centro de trabajo", en el marco de una empresa, una entidad diferenciada, que tenga cierta permanencia y estabilidad, que esté adscrita a la ejecución de una o varias tareas determinadas y que disponga de un conjunto de trabajadores, así como de medios técnicos y un grado de estructura organizativa que le permita llevar a cabo esas tareas».

Si bien en el aspecto cualitativo es este, se pone un límite cuantitativo. Concretamente, el legislador nacional no está obligado a reconocer las garantías establecidas por el procedimiento de despido colectivo a los trabajadores afectados en centros de trabajo que emplee habitualmente a menos de 20 trabajadores. Aunque esta cuestión no afecta al caso concreto que estamos estudiando, el TS ha asumido este límite como propio en la STS de 17/10/16, aún a pesar de que pueda considerarse discutible. Concretamente, el TS justifica esta decisión diciendo que al ser este el concepto de centro de trabajo y «sin que en la norma interna haya elementos que permitan ninguna otra posible interpretación diferente en materia de despidos colectivos [...]», debe aceptar que el número mínimo de trabajadores en un centro de trabajo debe ser de 20. Esto puede chirriar porque no se acaba de entender que, si en la norma nacional (art. 51.1 ET) se permite el despido colectivo en empresas de menos de 100 sin más límite de mínimos que el de casos de extinción de la totalidad de la plantilla en empresas de cinco trabajadores o menos (artículo 51.1 ET párrafos 4º y 5º). Por tanto, me pregunto por qué en este caso no se podría hacer una interpretación conforme de la Directiva aplicando el concepto de Centro de Trabajo también a estos casos interpretando que el legislador ha querido efectuar una mejora voluntaria para este tipo de centros más pequeños. Es cierto que la Directiva se refiere a una unidad de referencia menor y, por tanto, puede considerarse que establecer un límite mínimo tiene sentido, lo que en mi opinión no debería descartar automáticamente posibles mejoras en la norma interna respecto a ese número mínimo.

En cualquier caso, para el caso que nos ocupa queda claro que, si bien no podemos tomar la empresa como unidad de referencia por no superar los umbrales establecidos en el artículo 51.1 ET, el centro de trabajo de Zaragoza cumple con los requisitos cualitativos y cuantitativos exigidos por la norma y la jurisprudencia de la Unión, por lo que podría ser la unidad de referencia en este caso si se alcanzaran los umbrales.

B) Límites de la interpretación

Cuando se hace una interpretación conforme, no cualquier camino es posible a la hora de aplicar el derecho europeo. El principal límite que se pone al órgano jurisdiccional a la hora de llevar a cabo una interpretación de la norma interna para tratar de aplicar la norma de la UE es la de no ir en contra de la propia norma que quiere

interpretar. Es decir, el juez no puede actuar *contra legem*, no puede decidir algo diametralmente opuesto con la norma nacional.

Esta limitación no tiene otro sentido que el de la separación de poderes. El poder judicial en ningún caso puede sustituir al poder legislativo extralimitándose en sus funciones. Debe respetar la voluntad del legislador nacional incluso si la norma dictada por el mismo es contraria a la normal europea. Es cierto que debe agotar todas las vías de interpretación posibles, pero nunca puede actuar contra la ley interna. Así se ha interpretado también en Europa en sentencias del TJUE como los asuntos "Dansk Industri" (este muy reciente, del 19 de abril de 2016; C-441/14), "Impact", "Dominguez" y "Association de médiation sociale" (, C-268/06; C-282/10; C-176/12, respectivamente) todas ellas citadas en la STS 17/10/16.

C) No exclusión del Centro de Trabajo

Uno de los pilares que permiten al TS interpretar el artículo 51 ET conforme a la Directiva es que el artículo no excluye al centro de trabajo del ámbito de referencia en que se deben computar los despidos. Es más, para reforzar su posición, busca ejemplos en el cuerpo legislativo español que equiparen de un modo u otro los conceptos "empresa" y "centro de trabajo". Acude a esta solución mediante la aplicación del artículo 3.1 del Código Civil que insta a la necesidad de interpretar las normas según un criterio teleológico «atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas». Este intento de interpretación se debe hacer comparando la norma interna con el derecho de la Unión para intentar encontrar una solución que permita hacerlas compatibles en su finalidad.

De esta forma, encuentra numerosas disposiciones que parecen tratar de igual manera, o al menos no excluyente, ambos conceptos. Principalmente se basa en que la literalidad del artículo 51 no excluye en modo alguno el centro de trabajo, «sino que lo que hace es introducir una mejora al extender el cómputo de los umbrales a la totalidad de la empresa». El término «mejora» es vital, como se ha dicho ya en el punto 2.2 de este dictamen en relación al artículo 5 de la Directiva 98/59, para poder interpretar este artículo con éxito. Entiende, pues, que el centro de trabajo como unidad de referencia está implícito en la voluntad del legislador que, además, añadió el término empresa para ampliar las garantías de los trabajadores a aquellos casos en los que la Directiva, por limitarse al centro de trabajo, no les diera esa cobertura en despidos colectivos. Por

tanto, la disposición interna no es contraria a la Directiva europea, sino que, en este sentido, la complementa. Además, argumenta el TS en su sentencia de 17/10/16, que el artículo 51 no solo no excluye el término «centro de trabajo» sino que lo incluye y cita el apartado dos del artículo que habla de «varios centros de trabajo» y de «centros afectados».

En segundo lugar, expone que «Pese a la aparente claridad que parece desprenderse la definición de centro de trabajo del art. 1.5 ET , no son pocos los preceptos legales en las que se utiliza indistintamente el término empresa/centro de trabajo, o en los que se contiene una misma e indistinta regulación en referencia a uno y otro ámbito, poniendo con ello de manifiesto que no siempre es indubitada la unidad física a la que se está refiriendo en cada momento la norma». Nombra como ejemplos los artículos 41, 47, 63 y ss. ET y el artículo 8.1º LOLS.

Desde mi punto de vista, como crítica a esta parte de la sentencia (y a pesar de que para este caso nos conviene como parte actora adherirnos a tal argumentación y fundamentación -de hecho, debemos hacerlo-) no puedo dejar de destacar que, si bien los ejemplos que da el TS tienen una base fundamentada, no creo que su uso sea concluyente desde el momento en el que el concepto «centro de trabajo» en la legislación nacional no es plenamente coincidente con el mismo en el cuerpo legislativo de la Unión Europea, por lo que, a pesar de los esfuerzos de asimilación conceptual entre empresa y centro de trabajo en la norma interna, podría perfectamente estar refiriéndose a un concepto diferente del que exige la norma de la Unión. Es decir, que quizá no sea necesario o, al menos, determinante llevar a cabo tal búsqueda de similitudes terminológicas para justificar esa interpretación ya que el concepto «centro de trabajo» usado en el derecho español es distinto al que se usa en el derecho europeo.

En cualquier caso, y en pos de la búsqueda de una interpretación conforme, es cierto que el artículo 51 no excluye de ninguna forma el centro de trabajo como unidad de referencia. Por lo tanto, puede justificarse el empleo de la palabra «empresa» como una mejora añadida por el legislador nacional que, consciente de que debe adherirse a la Directiva europea 98/59, además quiso ampliar la protección de los trabajadores añadiendo una unidad de referencia mayor para los casos en los que la Directiva no tuviera lugar.

2.3 Solución interpretativa en el caso propuesto: fusión de las normativas

Llegados a este punto, y tal como se reflejaba ya en el punto 1.1 de este dictamen (Normativa nacional), para poder seguir con la idea principal de reclamar la nulidad de las extinciones por superar los umbrales establecidos para un despido colectivo, debemos excluir los centros de trabajo en los que, claramente, no se han superado, ya que la unidad de referencia de la normativa nacional, la empresa, no es suficiente para poder justificar un despido colectivo. El artículo 51.1 ET establece que para empresas de más de 300 trabajadores, como es el caso, por lo menos deben haberse producido un mínimo de 30 extinciones, mientras que en la mercantil NOMBRE S.A. se han producido 29. Debemos mantener fuera de la reclamación a los centros de trabajo de Valencia y Bilbao, que deberán impugnar los despidos como extinciones objetivas individuales por el cauce del artículo 52.c) ET al no superar ningún umbral numérico de los establecidos para el despido colectivo, ni tomando como unidad de referencia la básica, el centro de trabajo, ni considerando como unidad de referencia aquella que el legislador español introduce como mejora, es decir, la empresa.

Como hemos visto, lejos de poder aplicar la Directiva europea directamente al tratarse de un caso entre particulares ajenos a la Administración Pública y al ver que la normativa española era inaplicable, la jurisprudencia española ha hecho esfuerzos por adaptar la normativa interna conforme a los objetivos de la Directiva 98/59 CE.

Por lo tanto, y como conclusión a la interpretación conforme llevada a cabo por el TS, debe entenderse que los límites numéricos establecidos para las empresas en el artículo 51.1 ET son de igual aplicación para los centros de trabajo. Eso sí, tal y como he discutido más arriba y el TS defiende, los centros de trabajo han de emplear al menos a 20 trabajadores de forma habitual, requisito que no se exige para la empresa en la norma nacional y que, como ya he dicho, a mi forma de ver, podría considerarse una mejora del legislador español puesto que la Directiva no dice nada en contra de las mejoras en el número mínimo de afectados y ya que creo que sería esta una interpretación más favorable para los trabajadores.

Además, no debe pasarse por alto que los límites temporales también tienen que ser considerados una mejora del legislador español, o al menos una adaptación intermedia entre las dos opciones propuestas por la Directiva y más favorable para los trabajadores. Si tenemos en cuenta que la elección de nuestro legislador fue aplicar la

primera opción que da el artículo 1.1 de la Directiva 98/59, es decir, los mismos límites numéricos en cuanto a despidos que el art. 51.1 ET pero en un plazo de 30 días, debemos advertir que es una mejora del legislador interno el aplicar esos límites numéricos en un plazo más extenso, en este caso, de 90 días. Es decir, con la misma justificación que aceptamos que incluir «empresa» en vez de «centro de trabajo» es una mejora, debemos argumentar que el plazo de 90 días es el que tenemos que tener en cuenta a la hora de contar estos despidos en el centro de trabajo puesto que suponen una mejora de los 30 días mínimos establecidos por la Directiva europea. En ningún caso se puede aceptar que, por ejemplo, la parte contraria alegue que la Directiva establece 30 días, puesto que no se ha de aplicar directamente. Definitivamente, haciendo uso de la interpretación conforme, han de tenerse en cuenta: 1º) los límites numéricos establecidos por ambas normas (ET y Directiva 98/59) porque son iguales (con la excepción del límite mínimo de 20 trabajadores que impone el TS para los centros de trabajo y que no se tienen en cuenta para las empresas); 2º) la unidad de referencia que beneficie más a los trabajadores: si no puede aplicarse la mejora española (empresa), que en principio siempre podría abarcar un número mayor de extinciones y por tanto ser más beneficiosa para un número mayor de trabajadores, deberá ser de aplicación un ámbito referencial menor que no es otro que el centro de trabajo tal y como lo entiende la norma y la jurisprudencia europea; 3º) los cómputos temporales establecidos por la normativa española ya que en todo caso son más beneficiosos para los trabajadores que los que dicta la norma europea.

Como conclusión, aunque nada diga de los plazos temporales, el TS dice literalmente que «Lo que nos permite afirmar que la interpretación conforme de nuestra norma nacional es la que nos lleva a entender que su objeto no es otro que extender a la empresa la unidad de cómputo de los umbrales que separan el despido colectivo del objetivo, pero sin contener previsión alguna de la que se derive la exclusión de los centros de trabajo que reúnan esos mismos requisitos numéricos, dando con ello lugar a una confusa redacción que puede ser integrada con la aplicación del principio de interpretación conforme, que permite interpretar el precepto en el sentido de que procede su aplicación no solo cuando se superen los umbrales fijados en el mismo a nivel de la totalidad de la empresa, sino también cuando se excedan en referencia a cualquiera de sus centros de trabajo aisladamente considerados en el que presten servicio más de 20 trabajadores.

A lo que podemos añadir un argumento de singular trascendencia , cual es el hecho de que otra distinta interpretación daría lugar a un desigual, injustificado e irrazonable tratamiento de los trabajadores de aquellas empresas que cuentan con un solo centro de trabajo respecto a las que disponen de varios, permitiendo a estas últimas despedir individualmente a un número incluso superior a las otras, acudiendo al recurso de concentrar todas las extinciones en un único centro de trabajo».

Concretamente, en el supuesto de hecho tenemos un centro de trabajo, el de Zaragoza, de 178 trabajadores, por lo que, tomando en cuenta la Directiva y el art. 51 ET en los términos aludidos, habrá que determinar si hay un número de extinciones computables de al menos un 10% de la plantilla. Es decir, que para aplicar las garantías del despido colectivo será necesario que haya al menos 18 terminaciones no imputables a fin de contrato temporal ni a la persona del trabajador.

3. ACCIÓN Y PRETENSIONES

Todo lo expuesto anteriormente debe ser aplicado al caso que se ha expuesto al comienzo de este dictamen y que es objeto de nuestro estudio. La argumentación de la jurisprudencia europea y la interpretación de la misma por parte del Tribunal Supremo integrando la Directiva en la normativa interna nos permite alcanzar una solución conforme a las sospechas que mantienen los miembros del Comité de empresa de la mercantil NOMBRE S.A.

Sin embargo, para poder emprender cualquier acción legal debemos estudiar con anterioridad: quién o quiénes tienen la legitimación para poder interponer la demanda; contra quién o quiénes, por estar legitimado pasivamente, ha de presentarse; ante qué órgano se debe imponer, cuál es competente para conocer el caso; qué procedimiento se sigue y qué especialidades tiene, etc. Por lo tanto, lo primero que debemos hacer una vez llegados a este punto es analizar todas estas cuestiones formales para evitar que se agoten los plazos previstos para ejercitar la acción que queremos llevar a cabo.

3.1. Cuestiones Formales

Sin duda, vistos los antecedentes y la situación legal y jurisprudencial analizada a lo largo del dictamen, nos interesa, como parte actora, interponer una demanda

solicitando principalmente la nulidad de los despidos por no haberse llevado a cabo el procedimiento establecido por ley para efectuar un despido colectivo que, entendemos, ha ocurrido *de facto* y mediante ocultación, usando la empresa instrumentalmente los despidos objetivos individuales para evitar la norma que debe aplicar imperativamente por superar los umbrales dictados en la ley.

A) Legitimación

Según la normativa española, artículos 51 del Estatuto de los Trabajadores y 124 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, la decisión empresarial de despido puede ser impugnada ante la jurisdicción social de forma individual, esto es, actuando los trabajadores afectados, o de forma colectiva mediante la representación legal o sindical de los trabajadores que sería la parte actora en nombre de todos los trabajadores afectados. Efectivamente, caben dos opciones más: que el empresario sea parte actora de esta demanda si no hay demandas interpuestas por trabajadores o su representación empresarial o sindical (art. 124.6 LRJS); y que la autoridad laboral impugne el acuerdo entre empresario y trabajadores (arts. 124.7 y 148 LRJS). Ninguna de estas dos situaciones es posible en nuestro caso propuesto ya que no ha habido un procedimiento de despido colectivo que el empresario pueda querer hacer cosa juzgada ni ha habido acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores que la autoridad laboral pueda impugnar.

En este caso, demos inclinarnos sin duda, y ya que además se han presentado los componentes del Comité de empresa en el despacho y no un solo trabajador, por iniciar el procedimiento con una demanda colectiva. La demanda deberá dirigirse exclusivamente contra el empresario, la mercantil NOMBRE S.A., que es quien ostenta la legitimación pasiva en este caso ya que no hay otra parte o sujeto que haya tomado la decisión extintiva ni que la haya firmado o respaldado. Interponiendo una demanda colectiva se podría alcanzar el objetivo de declarar nulas todas las extinciones acaecidas en el periodo de 90 días que se presentan en el caso, siempre y cuando puedan ser computables.

El cauce de la demanda individual es diferente. Se rige por la vía establecida para el despido objetivo en los artículos 52 y 53 ET y 120 a 123 LTJS. Eso sí, contiene algunas especialidades que se tratarán en el siguiente punto. La demanda individual ha de dirigirse siempre contra el empresario y, si no ha sido impugnada previamente por

los representantes de los trabajadores, también puede dirigirse contra estos o contra los trabajadores que hayan podido beneficiarse de los pactos de preferencias acordados y de los que el actor esté en contra. La nulidad, en principio, si se sigue el procedimiento de demanda individual, solo puede alegarse para los casos de no conformidad con las preferencias o también para aquellos casos en los que el empresario no ha seguido el procedimiento de despido colectivo de los puntos 51.2 (periodo de consultas) o 51.7 (por fuerza mayor) del Estatuto de los Trabajadores. Con la STS de 17/05/2016 se resuelve esta controversia, ya que antes se limitaba la nulidad en las demandas individuales a los casos de disconformidad en las preferencias. Sin embargo, esta sentencia establece que un trabajador individual también podrá reclamar la nulidad si el empresario no ha seguido el procedimiento de despido colectivo establecido en el artículo 51 ET cuando su cese, sumado a los demás, supere los umbrales numéricos del mismo artículo. En cualquier caso, una acción colectiva suspendería cualquier acción individual que versara sobre los mismos hechos hasta que se firmara sentencia que tendría efectos de cosa juzgada en el caso individual (160.3 LRJS y 51.6 ET).

Lo que parece claro es que lo que nos interesa en este caso es seguir una acción de demanda colectiva del 124 LRJS contra el empresario por incumplir en su decisión extintiva lo establecido en el artículo 51 ET una vez que se demuestre que se han superado los umbrales numéricos allí citados. El Comité del centro o los representantes del mismo serían la parte actora del procedimiento. También podría llevarse a cabo con uno o varios de los sindicatos más representativos como parte actora.

B) Modalidad procesal (especificidades)

Después de que tanto la jurisprudencia europea como la española hayan equiparado los despidos colectivos producidos a nivel de la empresa con los que se produzcan en centros de trabajo, siempre y cuando en estos últimos se emplee al menos a 20 trabajadores, el procedimiento de reclamación en materia de despido colectivo debe ser el mismo, es decir, el establecido en el artículo 124 LRJS para la demanda colectiva y los artículos 120 a 123 de la misma ley para la demanda individual.

En este caso, como en el punto anterior, también hay que distinguir entre el procedimiento específico de la demanda colectiva del de la demanda individual. En cuanto al procedimiento iniciado por demanda colectiva, en primer lugar es necesario destacar que, en virtud de lo que establece el artículo 64 LRJS, en un procedimiento de

despido colectivo llevado a cabo por la representación de los trabajadores no es necesario ningún intento de conciliación o mediación administrativa previo al procedimiento judicial. Así lo establece también el mismo artículo 124 LRJS en su punto 5: «Para presentar la demanda no será necesario agotar ninguna de las formas de evitación del proceso contempladas en el Título V del Libro I de la presente Ley». Es la primera diferencia con respecto a una demanda individual por despido colectivo, ya que en este procedimiento no se exige a las partes de la obligación de un intento de conciliación o mediación administrativa que impone el artículo 63 LRJS.

Además, se establece un plazo de caducidad para la acción de 20 días. El art. 124.5 LRJS dice que contará desde el día del acuerdo o de la notificación del despido colectivo del empresario a los representantes. Sin embargo, en este caso debemos tomar como inicio del plazo de caducidad la fecha de los últimos despidos que han sido causantes de que la cifra de extinciones superara los umbrales para despido colectivo del artículo 51 ET. Es decir, tenemos 20 días desde la fecha de extinción de los contratos, día 22 de diciembre.

Por su parte, un procedimiento individual debería ajustarse a las características expuestas en el apartado 13 del artículo 124 LRJS como apuntes adicionales a lo establecido en los arts. 120 a 123 de la misma ley sobre despido por causas objetivas. Entre tales especialidades: el plazo de caducidad para la acción individual en este caso será también de 20 días con la especialidad de que será suspendido si hay una acción colectiva previa (124.6.2º); legitimación pasiva de los representantes de los trabajadores en caso de reclamar preferencias; el efecto de cosa juzgada sobre el procedimiento si se produce sentencia firme sobre la actuación colectiva previa; y la nulidad si no se respeta el procedimiento del artículo 51 ET en caso de superarse los umbrales numéricos del mismo.

C) Competencia.

En tercer lugar, una vez que sabemos qué acción vamos a seguir y contra quién, debemos de tener claro ante qué órgano de la jurisdicción social presentar la demanda de despido colectivo.

Como ya hace rato que sabemos que solo podemos dedicarnos al centro de trabajo de Zaragoza por ser este el único que supera los umbrales numéricos

establecidos teniendo como referencia el centro de trabajo (recordamos que con la referencia de la empresa no existe despido colectivo), la acción se limita a la Comunidad Autónoma de Aragón y no va a tener efectos sobre las extinciones de los demás centros de trabajo de la empresa sitos en otras comunidades (Comunidad Valenciana y País Vasco), por lo que debemos descartar acudir a la Audiencia Nacional, que actuaría en caso de que los tres centros se vieran implicados en un procedimiento de despido colectivo, situación a la que se daría lugar si, en vez de 29 extinciones, se hubiera producido, al menos, una más, es decir, 30 extinciones, en virtud de los límites expuestos en el 51.1 ET (artículo 8.1 LRJS).

Por tanto, al no superar los efectos de la sentencia, que en su día el órgano judicial dictará, los límites de la Comunidad Autónoma de Aragón, el artículo 7.a) LRJS nos resuelve la duda en su segundo párrafo que dice que el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma «Conocerán en única instancia de los procesos de despido colectivo impugnados por los representantes de los trabajadores de conformidad con lo previsto en los apartados 1 a 10 del artículo 124 de esta Ley, cuando extiendan sus efectos a un ámbito territorial no superior al de una Comunidad Autónoma».

Concluimos, entonces, que el órgano competente para conocer de nuestra demanda colectiva por el procedimiento del artículo 124 LRJS es el Tribunal Superior de Justicia de Aragón por establecerlo así la ley ya que los efectos de su sentencia no sobrepasarán las fronteras de Aragón.

Como un aparte, ya que nos hemos decidido claramente por la acción colectiva, hay que añadir que si se quisieran iniciar acciones individuales, el órgano competente para conocer de la impugnación de estos despidos sería, en virtud del artículo 10 LRJS, el Juzgado de lo Social que elija el demandante de entre el juzgado de su propio domicilio y el juzgado del lugar de prestación de los servicios, lo que hace pensar que en este caso será el juzgado que por turno corresponda dentro del partido judicial de Zaragoza.

3.2. Fondo

Una vez aclarados los conceptos formales y procedimentales de la acción que vamos a llevar a cabo, debemos entrar a concretar qué vamos a reclamar y en qué basamos esas peticiones mediante la aplicación de lo argumentado anteriormente para

este caso concreto. Debemos sostener esta acción sobre la base de que se ha efectuado el número suficiente de despidos computables como para que se superen los umbrales numérico y que además se han producido en el plazo de tiempo establecido también por ley, y que todo esto lo ha hecho la empresa con la voluntad de evitar el procedimiento de despido colectivo, ocultando su intención real de efectuar este despido colectivo en sucesivas extinciones individuales a lo largo de determinado tiempo.

A) Cómputo de los despidos

Como hemos visto en los Antecedentes propuestos al comenzar este dictamen, se suceden varias extinciones entre los que encontramos diferentes modos de extinción del contrato de trabajo. Por ello, tenemos que asegurarnos de cuáles son las extinciones que deben ser computadas a efectos de poder considerarlas dentro de los umbrales cuantitativos establecidos por ley. Evidentemente, debemos hacer mención de lo que establece la normativa tanto interna como comunitaria sobre el tema y adherirnos a lo que la jurisprudencia ha interpretado sobre la misma.

La normativa europea, que en este caso de concreta en la Directiva 98/59 CE, contiene la siguiente afirmación en el artículo 1, justo antes de la exposición de los límites cuantitativos del despido colectivo: «Artículo 1. 1. A efectos de la aplicación de la presente Directiva: a) se entenderá por "despidos colectivos" los despidos efectuados por un empresario, por uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores, [...]». Se refiere estrictamente a las extinciones que no tengan que ver con motivos o causas derivados del trabajador. Es decir, todas las extinciones que hayan sido pactados de mutuo acuerdo (contratos temporales o de obra o servicio, etc.) o hayan sido decisión del empresario a causa de hechos que rodean al trabajador (faltas disciplinarias, ineptitud, etc.) quedan fuera del alcance de la Directiva. Secundando esta afirmación, la STJUE de de 13 de mayo de 2015 dice que el art. 1.1 antes citado «debe interpretarse en el sentido de que, para apreciar si se ha llevado a cabo un "despido colectivo" en el sentido de dicha disposición, no han de tenerse en cuenta las extinciones individuales de contratos de trabajo celebrados por una duración o para una tarea determinadas, cuando dichas extinciones tienen lugar en la fecha en la que el contrato de trabajo llega a su fin o se finaliza la tarea encomendada».

Del mismo modo se expresa la norma nacional. El artículo 51.1 ET establece en su párrafo quinto que «Para el cómputo del número de extinciones de contratos a que se

refiere el párrafo primero de este apartado, se tendrán en cuenta asimismo cualesquiera otras producidas en el periodo de referencia por iniciativa del empresario en virtud de otros motivos no inherentes a la persona del trabajador distintos de los previstos en el artículo 49.1.c), siempre que su número sea, al menos, de cinco». Se usa exactamente la misma expresión que en la Directiva europea. Sin embargo, añade en la última frase que esos motivos no inherentes a la persona del trabajador deben ser distintos de los establecidos en el 49.1.c) ET. Es la primera concreción que tenemos en la norma para excluir a un tipo de extinción del cómputo del despido colectivo, ya que en el artículo 49.1.c) ET se recogen las extinciones «Por expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato». Por lo tanto, las extinciones de contrato por finalización del mismo, por vencimiento del término, no deben computarse a efectos de los umbrales del artículo 51.1 ET. Tenemos, pues, como primera exclusión, la extinción del día 5/11/16 del Centro de Trabajo de Zaragoza que sucedió por finalización del contrato pactado entre las partes⁴.

En tercer lugar, la jurisprudencia del Tribunal Supremos ha establecido ya doctrina sobre qué despidos y extinciones deben ser computadas y cuáles no a la hora de considerar que ha existido un despido colectivo. Para tratar esta cuestión es muy relevante la doctrina establecida por la STS 25/11/2013. Nos vamos a centrar en las extinciones que se han producido en la empresa, que son de dos tipos (excluyendo ya aquella que hemos descartado considerarla como computable en el párrafo anterior): despido disciplinario y extinción por causas objetivas.

En cuanto al primer tipo, hay que decir que, si bien *a priori* un despido disciplinario sucede por motivos inherentes al trabajador, esto es, por un incumplimiento grave y culpable del mismo, no hay que obviar que tras haberse impuesto una demanda y habiendo llegado a conciliación judicial, la empresa reconoció la improcedencia de dichos despidos. Hablamos de los despidos disciplinarios de fecha 18/10/2016 en el centro de trabajo de Zaragoza. En estos casos, en los que la empresa ha reconocido la improcedencia de la causa disciplinaria en la extinción del contrato, la STS citada en el párrafo anterior establece que «Por ello, si un despido disciplinario -en

⁴ Esta es la regla general, sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia vienen entendiendo que la extinción de un contrato temporal o de obra o servicio determinado debe computar si se ha producido antes de la fecha pactada o de la finalización de la obra o servicio objeto del contrato ya que, si no se prueba lo contrario, ha de entenderse que estas extinciones inciden en las causas organizativas, económicas, técnicas o productivas del art. 51 ET. También computarán si dichas contrataciones son consideradas fraudulentas (STS 3/07/2012, nº 5932/2012).

principio, vinculado a la conducta del trabajador, como ya se ha dicho- se declara improcedente y, pese a ello, el contrato se extingue», tal y como sucede en este caso, según los antecedentes expuestos, «el cese no podrá ser excluido del cómputo a efectos del despido colectivo, como tampoco podrá serlo, la falsa alegación del vencimiento del término en un contrato que no es temporal». Este último matiz no nos interesa ya que el contrato temporal que se incluía en los antecedentes sí era tal y, por tanto, tenía término pactado entre las partes. Además añade que «ni puede imputarse a la conducta personal del trabajador un despido disciplinario que se reconoce como improcedente». Por tanto, centrándonos en los despidos que efectivamente se han producido con fecha 18/10/2016 y que han sido declarados improcedentes en conciliación judicial, sí que debemos incluirlos a la hora de ver si el número de despidos supera los umbrales establecidos por la normativa aplicable.

Además, en cuanto a los despidos disciplinarios declarados o reconocidos improcedentes, hay que añadir que son computables también aunque queden sin causa concreta de motivación, ya que, tal y como establece el artículo 217 LEC en sus puntos 3 y 7, incumbe al empresario la carga de probar la causa de las extinciones contractuales producidas durante el periodo de referencia. Por tanto, aunque queden sin causa, nada tiene que ver esto con que sean computables o no, pues aún en el caso de que actuase la cláusula contra el fraude de ley del último párrafo del artículo 51.1 ET, en el que se habla de que no deben concurrir causas nuevas o diferentes a las mostradas por la empresa en extinciones anteriores, «procede su cómputo por ser la empresa la obligada a probar que no estaban incluidas en el penúltimo párrafo del art. 51-1 E.T. y no haber logrado la prueba» (STS 23/04/2012).

En segundo lugar, los despidos objetivos sí que deben incluirse en cualquier caso. No es necesario, dice la STS 25/11/2013, que el trabajador se haya mostrado disconforme con la extinción puesto que, «con independencia de que se hayan firmado finiquitos o acuerdos extintivos en el marco de transacciones posteriores a los despidos, los ceses correspondientes serían computables a efectos de la existencia de un despido colectivo [...]». Todo ello, en primer lugar, porque se ha tratado de una acción unilateral del empresario independientemente de que el trabajador haya podido aceptar o no el finiquito correspondiente. No es un despido fundado en motivos que haya causado o provocado el trabajador, sino que depende exclusivamente de una decisión empresarial tomada libremente y bajo causas que el mismo empresario debe justificar. Aclara,

siguiendo esta fundamentación, que aquellos «despidos objetivos en los que se firmaron finiquitos aceptando el efecto extintivo mediante acuerdos también de naturaleza transaccional, no se convierten en extinciones por mutuo acuerdo o en dimensiones, al margen de la intervención del empleador. Por el contrario, siguen siendo despidos, es decir, extinciones adoptadas "por motivos no inherentes a la persona del trabajador", pues no deriva de la persona del trabajador un despido para el que se alega una causa objetiva vinculada al interés empresarial [...]».

Para concluir ambas decisiones, el TS acude al artículo 1809 del Código Civil para recordar que la «transacción no altera la naturaleza del acto de despido, pues solo actúa poniendo fin al pleito provocado por esa decisión empresarial».

Para finalizar este razonamiento, en el último párrafo del Fundamento de Derecho Quinto de la citada sentencia, recuerda que la existencia del despido colectivo no puede depender de la voluntad del empresario, es decir, que no es disponible, sino que depende exclusivamente de superar los umbrales cuantitativos que la norma impone, por lo que la declaración empresarial de la improcedencia (bien en conciliación administrativa o judicial o por sentencia firme posterior -dado que desde la reforma de 2012 ya no existe el llamado «*despido express*» que permitía a la empresa reconocer la improcedencia de la extinción en la propia carta de despido⁵-) no puede servir para evitar seguir el procedimiento obligatorio de despido colectivo «pues los plurales intereses en juego [...] le imponen preceptivamente que haya de seguir el cauce colectivo que contempla el citado art. 51 ET». Asimismo, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 4 de septiembre de 2013 establece que el empresario tampoco puede optar por cesar por causas objetivas e individualmente con una indemnización más alta a la señalada como mínima por el despido colectivo (20 días por año trabajado) para no seguir el procedimiento establecido de despido colectivo, siempre y cuando concurren todos los requisitos necesarios para constituirlo como tal.

⁵ En el Real Decreto-ley 3/2012 se admite, en el apartado V de la Exposición de Motivos, que «El "despido exprés" crea inseguridad a los trabajadores, puesto que las decisiones empresariales se adoptan probablemente muchas veces sobre la base de un mero cálculo económico basado en la antigüedad del trabajador y, por tanto, en el coste del despido, con independencia de otros aspectos relativos a la disciplina, la productividad o la necesidad de los servicios prestados por el trabajador, limitando, además, sus posibilidades de impugnación judicial, salvo que concurren conductas discriminatorias o contrarias a los derechos fundamentales [...]». El empresario deberá retrasar el reconocimiento de la improcedencia hasta el acto administrativo de conciliación lo que, en la práctica, deriva en situaciones similares a las que se daban cuando existía el despido exprés.

A raíz de estos razonamientos a los que, como asesores de la parte actora, debemos adherirnos tenemos que contabilizar 19 de las 20 extinciones que se han llevado a cabo en el centro de trabajo de Zaragoza entre las fechas 27 de setiembre y 22 de diciembre de 2016.

B) Cómputo de los Plazos

Como he argumentado en el párrafo 4º del punto 2.3, el plazo a tener en cuenta debe ser el establecido por la norma española por ser, sin duda, más favorable para los intereses de los trabajadores que ven ampliado el plazo de 30 días dictado por la Directiva europea hasta los 90 de la norma española. No cabe otra interpretación que esta a la hora de interpretar el artículo 51 ET conforme a la Directiva 98/59. La misma STS 17/10/16 dice que el legislador español no asume ninguna de las opciones que ofrece la Directiva, sino que escoge las cifras cuantitativas la primera opción y el periodo temporal establecido en la segunda. En el resto de la sentencia no se discute en ningún momento la aplicación de los 90 días como plazo que debe ser tenido en cuenta, por lo que hay una asunción implícita de que tal plazo es perfectamente interpretable conforme a la Directiva europea y no va en contra de ella ni hace falta matizarla. Por tanto, en el caso propuesto no debería haber problemas de cómputo del plazo porque esta parte entiende que se han producido las extinciones computables suficientes en el periodo de 90 días inmediatamente anterior a los últimos 4 despidos de fecha 22 de diciembre de 2016.

Sin embargo, y sobre todo en los casos que se reclama de forma individual (asunto tratado en el punto 3.1.b) del Dictamen), el TS aclaró en sentencia de 23 de abril de 2012 cómo debía computarse el periodo de 90 días fijado por el artículo 51.1 ET a la hora de determinar los despidos que han de tenerse en cuenta para dar lugar a un despido colectivo. En nuestro caso concreto, esta interpretación no resulta demasiado complicada, puesto que sirve con ir hacia atrás 90 días desde la fecha de efectos de los últimos despidos llevados a cabo en Zaragoza.

En esta sentencia se concluye que el plazo de 90 días debe ser computable solamente hacia atrás, apartándose a la opinión que estableció el Tribunal Superior de Justicia de Aragón en su sentencia de 30 de diciembre de 2010 (rec. 954/2010) y a favor de lo dictado en la sentencia recurrida en casación del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía que eliminó la opción de considerar incluido en el plazo de 90 días las

extinciones posteriores a la juzgada, lo que limitara el plazo computable a los 90 días anteriores. De esta forma, si se demanda individualmente un despido por existir extinciones posteriores que, sumadas a las anteriores dan un número igual o superior a los establecidos por el art. 51 ET, y sin que la suma de las anteriores por sí solas lo superen, no deberá considerarse nulo el despido ya que solo se tendrán en cuenta las anteriores y nunca las posteriores. Solo se considerará nulo si el nuevo o nuevos despidos, al ser sumados a los anteriores, superan los límites legales establecidos, nunca sumando los posteriores. Esa decisión se basa, según el TS, en que «la norma trata de generar seguridad jurídica y no incertidumbres». Ni siquiera en el caso de la norma antifraude de periodos sucesivos de 90 días se podría entender un despido nulo si anteriormente no se ha superado el umbral numérico establecido.

Solamente hay una excepción a esta norma general y que finalmente el Tribunal Supremo en esa sentencia aplica estimando las pretensiones del trabajador despedido, actor en ese procedimiento: la aplicación del artículo 6.4 del CC por haber una proximidad muy escasa (dos días) entre las decisiones extintivas llevadas a cabo por la empresa. Es decir, aunque por norma general no se tendrán en cuenta las extinciones posteriores a la que es origen del procedimiento judicial para justificar la nulidad de la misma reclamada individualmente, sí se podrán computar si la proximidad entre las nuevas extinciones es «tan corta [...] que tan mínimo espacio de tiempo es revelador de un proceder intencionado por parte de la empresa que actuó sabiendo que lo haría 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 E.T».

En nuestro caso, si con las extinciones del caso propuesto se considerase finalmente que sí que ha existido despido colectivo, entiendo que también podría darse la situación de que se sucedieran nuevas extinciones en los siguientes 90 días, lo que podría derivar en un fraude de ley por la aplicación de los periodos sucesivos de 90 días que establece el último párrafo del art. 51.1 ET y que podría derivar en la nulidad de estos despidos que se dieran después de los que tratamos nosotros por intentar la empresa evitar la introducción de esas extinciones a un procedimiento de despido colectivo que debería haber llevado a cabo desde el principio.

C) Nulidad de los despidos

Es evidente que nuestra solicitud principal ante el Tribunal Superior de Justicia de Aragón será que en sentencia se declare la nulidad de la decisión extintiva impugnada por la existencia efectuada por la empresa por configurar la misma un despido colectivo para el que no se han seguido los procedimientos establecidos legalmente e intentando ocultar tal realidad en una serie de despidos individuales. Ello porque esta parte considera, como se prueba de los datos y circunstancias que rodean al caso, que ha existido un despido colectivo de hecho con el que el empresario ha evitado aplicar la norma que obligatoriamente impone a la empresa que efectúa despidos por encima de los umbrales legales establecidos seguir un procedimiento de despido colectivo tasado legal y reglamentariamente.

1º. Es evidente, como se ha visto a lo largo del dictamen, que el número de despidos en el centro de trabajo de Zaragoza durante el plazo de 90 días entre el 26 de septiembre y el 22 de diciembre de 2016 es superior al umbral que exige la norma. Si el umbral exige para considerar superado este umbral un 10% de extinciones para los centros de trabajo con una plantilla de más de 100 trabajadores pero de menos de 300 (caso de nuestro centro de trabajo de 178 empleados), el mínimo para considerar una extinción como colectiva en este caso sería de 18, mientras que en Zaragoza son computables, como hemos visto, 19 extinciones.

La empresa NOMBRE S.A. ha vulnerado las garantías de negociación e información que la ley reconoce a los trabajadores de forma más intensa en los procedimientos de despido colectivo. Se ha negado a los trabajadores que, mediante sus representantes, hayan podido tener acceso a la información necesaria para poder enfrentarse a tal decisión extintiva. Por lo tanto, nuestra pretensión se basa en el absoluto incumplimiento del empresario de seguir con el procedimiento legal imperativo establecido, lo que supone, sin dar lugar a la duda, causa de nulidad de los despidos en virtud del artículo 124.11 LRJS.

2º. Además, en mi opinión, habría que llamar al Ministerio Fiscal en la demanda para que escuchara las alegaciones sobre otra causa de nulidad, basada en la vulneración de garantías a las que nos hemos referido en el punto anterior: la vulneración del derecho de negociación colectiva de los trabajadores del artículo 37 de la Constitución Española, pues con esta vulneración se está vulnerando el derecho de los trabajadores a

organizarse libremente, lo que afecta al artículo 28 de la misma. El Tribunal Constitucional ha establecido en reiterada jurisprudencia (STC 225/2001; STC 107/2000) que el derecho a la negociación colectiva del artículo 37 CE puede relacionarse con el artículo 28 si se demuestra que existe una conducta antisindical. Pues bien, en este caso es evidente la postura del empresario de no querer hacer ningún esfuerzo por escuchar a los trabajadores ni a sus representantes electos y sindicatos, que son los encargados de la representación institucional a los que constitucionalmente se reconoce la defensa de los intereses de los trabajadores. Esto, sin duda, hace patente el comportamiento antisindical de la mercantil (SSTC 3/1981, 70/1982, 23/1984, 75/1992 y 18/1994). Es evidente que ha habido una absoluta violación del derecho de los trabajadores a la negociación y a ser informados y escuchados. Es decir, no es que haya habido mala fe negocial, que ya de por sí es causa de nulidad del despido colectivo en reiterada jurisprudencia, sino que lo que ha hecho la empresa es esforzarse para evitar de pleno cualquier negociación de carácter colectivo.

D) La concurrencia de las causas alegadas por el empresario

Hay que tener en cuenta que, si la sentencia que se dicte sobre el caso reconoce que el cómputo de las extinciones supera el límite legal establecido y, por tanto, debió haber un procedimiento de despido colectivo, solo tendrá margen para apreciar la nulidad dado que es notorio y evidente que no se ha seguido el procedimiento legal. Por ello, es muy improbable, en caso de no estimar la nulidad de los despidos por entender que no existe tal, que el Tribunal Superior de Justicia entrara a valorar la justificación causal del despido colectivo, puesto que no sería tal. Además, la jurisprudencia ha entendido que si se pide la nulidad del despido colectivo no existe obligación de que se pida expresamente que el despido colectivo no ha sido ajustado a derecho ya que se entiende implícito en la primera petición (STS 30 de octubre de 2013, Rec. 47/2013)., Por todo ello, no incluiremos en nuestro *petitum* la solicitud de declarar el despido colectivo como no ajustado a derecho por no considerar acreditadas las causas que esgrime la empresa para llevar a cabo los despidos.

Sin embargo, no se puede desechar la oportunidad de empezar a plantear ya la improcedencia de los despidos individuales en caso de que no prospere la nulidad de los despidos. En todo caso, el TSJ no sería ya competente para conocer de estas demandas individuales que buscarán la declaración de improcedencia de los despidos por no

existir causa. Sería competente, en virtud del artículo 10 LRJS, el Juzgado de lo Social que por turno correspondiera.

Como bien sabemos, el plazo de caducidad de la acción individual se suspende hasta que finalice el procedimiento por despido colectivo, por lo que no hay necesidad de presentar las demandas ya, sino que se puede esperar a que acabe el primer asunto para ver si se declara la nulidad. Si finalmente no prospera la causa de nulidad de los despidos computables para un despido colectivo, se presentarían demandas individuales por cada uno de los trabajadores afectados al entender que las causas justificativas no son suficientes. En cualquier caso, antes de acudir al sistema judicial ante el Juzgado de lo Social, la LRJS, en su artículo 63, establece que para este procedimiento sí que es necesario un intento de conciliación administrativa previa, por lo que habría que presentar una demanda de conciliación ante el SAMA. Si no se alcanzara un acuerdo en dicho intento de conciliación, se presentaría finalmente ante el Juzgado de lo Social que por turno correspondiera para celebrar juicio sobre la improcedencia de cada uno de los despidos.

Se habrían efectuado varios despidos a través del artículo 52.c) del Estatuto de los Trabajadores, por lo que nos debemos basar en que no existen las causas justificativas alegadas por la empresa, que no son suficientes y por lo tanto no justifican la decisión más drástica para el trabajador, que es la extinción del contrato. Entendemos, pues, que las cifras dadas no tienen la entidad suficiente como para considerar la decisión extintiva ajustada a derecho. Más aún si se tiene en cuenta que la empresa ha contratado a nuevos trabajadores mediante contratos temporales entre los meses de septiembre y octubre, tal y como se cita en los antecedentes. Este hecho no es decisivo en el hecho de si hay causa o no, pero realmente deja dudas acerca de que la buena fe de la mercantil ya que demuestra que, mientras extingue diferentes contratos indefinidos, crea nuevas relaciones con otros trabajadores que prestan servicio en los mismos grupos profesionales que los despedidos pero con carácter temporal. Tal comportamiento hace que se vean comprometidas las notas exigibles de objetividad, realidad y actualidad que la jurisprudencia viene exigiendo con carácter general para considerar adecuadas las causas extintivas.

Si bien las nuevas reformas laborales han querido limitar la capacidad del juez a la consideración de si la causa es real o si concurre, la mayoría de la doctrina judicial no

solo exige que la empresa demuestre tal concurrencia, sino además la razonabilidad, proporción y justificación de la medida extintiva con respecto a la misma. Así lo entiende el TS en sus sentencias cuando dice que «Con carácter general, hemos señalado ya que no sólo cabe un control sobre la concurrencia de la causa alegada, es necesario, además, un control de razonabilidad pleno y efectivo sobre la medida extintiva comprobando si las causas alegadas y acreditadas, además de reales, tienen entidad suficiente como para justificar la decisión extintiva y, también, si la medida es plausible o razonable en términos de gestión empresarial» (STS 5835/2015 de 24-11-2015, rec. 1681/2014).

La empresa en este caso ha demostrado que concurre causa económica ya que ha visto continuamente reducidos sus niveles de venta durante más de tres trimestres consecutivos en comparación con ejercicios anteriores. Sin embargo, debemos resaltar, en cuanto a defender que no ha existido proporcionalidad, que la empresa no ha sufrido pérdidas en ningún momento, o al menos no las ha demostrado. No hay constancia de ningún esfuerzo previo de recolocación, disminución de jornada o cualquier otra decisión empresarial que haya buscado reducir los efectos traumáticos que supone la extinción del contrato laboral para los trabajadores. Todo ello, sumado a lo que ya hemos dicho de las nuevas contrataciones, hacen pensar que la empresa no ha actuado de forma razonable ni proporcionada.

E) Medidas cautelares

Por último, aunque, siendo realista, con pocas posibilidades de éxito, en la demanda colectiva para la nulidad de los despidos, debemos pedir la suspensión de los efectos provocados por las extinciones computables dentro de este despido colectivo. Es decir, que hasta que se dicte sentencia, se permita a los trabajadores afectados por extinciones computables en este procedimiento volver a ocupar sus puesto de trabajo en las mismas condiciones que regían la relación laboral en el momento del despido. Suspensión de los efectos del despido colectivo.

III. CONCLUSIONES

Pues bien, como conclusiones de todo lo que hemos explicado y en lo relativo al caso propuesto al inicio del dictamen, tenemos que empezar diciendo que la aplicación mediante la interpretación conforme de los objetivos pretendidos por la Directiva 98/59 CE es perfectamente posible en este caso, eso sí, solamente con respecto a los despidos del Centro de Trabajo de Zaragoza de la mercantil NOMBRE S.A., ya que entre todos los centros de trabajo en su conjunto no llegan a los umbrales establecidos para la empresa en el artículo 51 ET.

Por ello, al haberse demostrado que se han superado los límites numéricos establecidos para haberse producido un despido colectivo de hecho en el centro de trabajo de Zaragoza (19 extinciones computables en un centro de trabajo de 178 trabajadores) dentro del plazo de 90 días, nuestra acción debe encaminarse por la vía del artículo 124 LRJS de demanda colectiva contra la mercantil que ha ejecutado las extinciones de forma individual sin respetar los procedimientos establecidos y obviando desde el inicio a cualquier intento de negociación colectiva. La parte actora estará compuesta por el Comité o por los representantes del mismo, ya que ha sido el mismo Comité el que ha venido a buscar asesoramiento al despacho.

Esta acción está libre de la obligación de cualquier intento previo de mediación o arbitraje de los establecidos en el artículo 63 LRJS por lo dispuesto literalmente en el artículo siguiente, el 64. Hay que presentar directamente la demanda en un plazo de 20 días desde los efectos de las últimas extinciones (día 22 de diciembre de 2016) ante el Tribunal Superior de Justicia de Aragón, que es el órgano competente para conocer de este caso.

Con base en estas conclusiones, nuestra acción debe ir encaminada a lograr los siguientes efectos que se han de pedir en el solicito de la demanda y que queremos que sean declarados en sentencia:

1º. Declaración de la nulidad del despido colectivo llevado a cabo en el centro de trabajo de Zaragoza de la empresa NOMBRE S.A. y, por tanto, de la nulidad de las 19 extinciones individuales y computables llevadas a cabo por la empresa ya que son estas las que figuran el despido colectivo;

2º. Declaración del derecho de los trabajadores a la reincorporación a su puesto de trabajo en idénticas condiciones que regían con anterioridad, con los abonos dejados de percibir desde la fecha del despido hasta su efectiva readmisión;

3º. Condena a la mercantil NOMBRE S.A. a estar y pasar por tal declaración de nulidad, con la consiguiente readmisión de los trabajadores y el pago de los salarios dejados de percibir hasta el momento.

4º. Condena a la empresa al pago de una indemnización a la parte actora por los daños y perjuicios causados por violar los derechos de los trabajadores de los artículos 28 y 37 de la Constitución Española;

5º. Como medida cautelar, la suspensión de los efectos de las extinciones correspondientes al despido colectivo de hecho.

Al margen de ello, en el hipotético caso de no estimarse en el Tribunal Superior de Justicia de Aragón la nulidad en la acción colectiva prevista en el art. 124 LRJS, por entenderse que no eran necesarios los trámites del despido colectivo, deberá declararse la improcedencia de aquellos despidos que hubieran sido individualmente impugnados por los trabajadores ante el Juzgado de lo Social que por turno de reparto correspondiese.

Esta es la opinión que emitimos como dictamen y que sometemos a otra mejor fundada en Derecho.

IV. BIBLIOGRAFÍA

1. MEMENTO SOCIAL 2016, FRANCIS LEFEBVRE.

- Despido Colectivo.

2 PLATAFORMAS DIGITALES DE DERECHO SOCIAL Y DEL TRABAJO

- ARANZADI SOCIAL

3. PLATAFORMAS DIGITALES DE JURISPRUDENCIA:

3.1. Jurisprudencia nacional:

- CENDOJ:

- a) sentencia TS de 18 de marzo de 2009 (rec. 1878/2008)
- b) sentencia del TS nº 4641/2012 de 23 de abril de 2012 (rec. 2724/2011)
- c) sentencia del TS de 30 de octubre de 2013 (rec. 47/2013)
- d) sentencia del TS nº 5943/2013 de 25 de noviembre de 2013 (rec. 52/2013)
- e) sentencia del TS nº 5835/2015 de 24 de noviembre de 2015 (rec. 1681/2014)
- f) sentencia del TS de 17 de mayo de 2016 (rec. 3037/2014)
- g) sentencia de la Sala General del TS de 8 de junio de 2016 (rec. 207/2015)
- h) sentencia del TS nº 4408/2016 de 17 de octubre de 2016 (rec. 36/2016)

3.2 Jurisprudencia europea:

- <http://eur-lex.europa.eu>:

- a) asunto "Wilson": STJUE de 30 de abril de 2015 (C-80/14)
- b) asunto "Rabal Cañas": STJUE de 13 de mayo de 2015 (C-392/13)
- c) asunto "Lyttle": STJUE de 13 de mayo de 2015 (C-182/13)
- d) asunto "Rivera Pujante": STJUE de 11 de noviembre de 2015 (C-422/14)

e) asunto "Dansk Industri": STJUE de 19 de abril de 2016 (C-441/2014)

4. NORMATIVA:

4.1. Boletín Oficial del Estado:

- Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

- Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada.

- Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

4.2. <http://eur-lex.europa.eu>:

- Directiva 98/59/CE del Consejo de 20 de julio de 1998 relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos.