

Roj: SAN 3650/2013
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Social
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 240/2013
Nº de Resolución: 155/2013
Fecha de Resolución: 04/09/2013
Procedimiento: SOCIAL
Ponente: RICARDO BODAS MARTIN
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

Impugnado un despido colectivo, porque la empresa no siguió el procedimiento legal y reglamentario, aunque en un período de 90 días se produjeron despidos por causas objetivas, así como otros despidos por motivos no inherentes a los trabajadores, que superaron los umbrales del art. 51.1 ET, se estima la demanda. - La estimación de la demanda se fundamenta, en primer lugar, en que la empresa despidió disciplinariamente sin causa a más de la mitad de los despedidos por dicho motivo, al haber reconocido la improcedencia de dichos despidos sin acreditar la concurrencia de transacción legítima, por lo que se computan dichos trabajadores. - No se computan, sin embargo, los trabajadores despedidos por ausencias justificadas, aunque dichos despidos no se produjeron por su voluntad, porque el absentismo justificado es una causa extintiva fundada en la capacidad del trabajador, tratándose, por tanto, de un motivo inherente a su persona.

Encabezamiento

SENTENCIA

Madrid, a cuatro de septiembre de dos mil trece.

La **Sala de lo Social** de la Audiencia Nacional compuesta por los Sres. Magistrados citados al margen y

EN NOMBRE DEL REY

Ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el procedimiento nº 240/13 seguido por demanda de CONFEDERACIÓN GENERAL DEL TRABAJO (letrada Doña Teresa Ramos Antuñano) contra UNÍSONO SOLUCIONES CRM SA (letrado D. Antonio Bartolomé Martín), FEDERACIÓN DE SERVICIOS FINANCIEROS Y ADMINISTRATIVOS DE COMISIONES OBRERAS CCOO, FEDERACIÓN ESTATAL DE SERVICIOS DE LA UGT, FEDERACIÓN DE BANCA, AHORRO, SEGUROS Y OFICINAS DE CIG (no comparece) sobre conflicto colectivo. Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. D. RICARDO BODAS MARTIN.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Según consta en autos, el día 31-5-2013 se presentó demanda por CONFEDERACIÓN GENERAL DEL TRABAJO contra UNÍSONO SOLUCIONES CRM SA y FEDERACIÓN DE SERVICIOS FINANCIEROS Y ADMINISTRATIVOS DE COMISIONES OBRERAS CCOO, FEDERACIÓN ESTATAL DE SERVICIOS DE LA UGT, FEDERACIÓN DE BANCA, AHORRO, SEGUROS Y OFICINAS DE CIG en impugnación de despido colectivo.

Segundo.- La Sala acordó el registro de la demanda y designó ponente, con cuyo resultado se señaló el día 03-09-2013 para los actos de intento de conciliación y, en su caso, juicio, al tiempo que se accedía a lo solicitado en los otrosíes de prueba.

CCOO y UGT se personaron en el acto de juicio pero se retiraron al observarse por la Sala que por tratarse de un pleito tramitado por la vía del despido colectivo no pueden comparecer como interesados como así han sido llamados por la parte actora, por motivos de coherencia con el art. 124 LRJSy el criterio adoptado por esta Sala en sentencias dictadas el 04-07-2013y 08-07- 2013.

Tercero.- Llegado el día y la hora señalados tuvo lugar la celebración del acto del juicio, previo intento fallido de avenencia, y en el que se practicaron las pruebas con el resultado que aparece recogido en el acta levantada al efecto.

Cuarto . - Dando cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 97.2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, por la que se aprobó la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, debe destacarse, que las partes debatieron sobre los extremos siguientes:

La CONFEDERACIÓN GENERAL DEL TRABAJO (CGT desde aquí) ratificó su demanda de impugnación de despido colectivo, mediante la que solicitó la nulidad del despido de hecho promovido por la empresa demandada.

Destacó, a estos efectos, que en el período 1-02/30-04-2013 la empresa demandada despidió a 33 trabajadores por causas objetivas, superando, por consiguiente, los umbrales del art. 51.1 ET. - Solicitó, en consecuencia, la nulidad del despido colectivo, por cuanto no se siguió el procedimiento regulado en el art. 51 ET.

Defendió que debían computarse, además de los despidos fundados en el art. 52.c ET, los basados en el apartado d) del citado precepto, por cuanto su causa no era inherente a la persona de los trabajadores. - Apoyó su tesis en la doctrina emanada de la sentencia del TCJE de 12-10-2004, que deja perfectamente claro que la expresión "motivos no inherentes a la persona del trabajador", contenidos en el art. 1.1.a de la Directiva 1998/59/CE, engloba cualquier extinción del contrato no pretendida por el trabajador y, en consecuencia, sin su consentimiento, por lo que la extinción por absentismo justificado debe considerarse necesariamente como una extinción del contrato por motivos no inherentes a la persona del trabajador.

Mantuvo, en cualquier caso que, de estimarse que los despidos, fundados en el art. 54.2.d ET, no computan para los umbrales del despido colectivo, debería considerarse también que se ha producido un despido colectivo, por cuanto el

art. 1.a.ii de la Directiva antes dicha establecía un tope de 20 trabajadores en períodos de 90 días como límite mínimo del despido colectivo. - Se apoyó, a estos efectos, en sentencias de varios Juzgados de lo Social de Madrid.

Destacó, en conclusiones, que la empresa despidió disciplinariamente en el período ya citado a 78 trabajadores, pese a lo cual reconoció la improcedencia de 34 de estos despidos y obtuvo una sentencia, que declaró también la improcedencia del despido, por lo que la demandada superó con creces los umbrales exigidos para la promoción de un despido colectivo.

UNÍSONO SOLUCIONES CRM, SA (UNÍSONO desde ahora) se opuso a la demanda, destacando, en primer lugar, que despidió por causas objetivas a 32 trabajadores en el período de referencia, puesto que doña Mónica no fue despedida efectivamente, como demuestra los movimientos de altas y bajas en la TGSS.

Destacó, en segundo lugar, que el 1-02-2013 despidió por causas organizativas, después de la reorganización del departamento de turnos, a cinco trabajadores, previa recolocación de otros cuatro. - Señaló, por otra parte, que el 22-03-2013 despido por causas productivas a otros dieciséis trabajadores, debido a una reducción de llamadas en la plataforma de IBERDROLA del centro de trabajo de Valencia. - Subrayó finalmente que entre los días 1 y 7-03-2013 y 8 y 30-04-2013 despidió a otros once trabajadores con base a lo dispuesto en el art. 52.d ET.

Significó, por otra parte, que la empresa tiene 4700 trabajadores y que en el período de referencia extinguió los contratos siguientes: 32 por causas objetivas; 414 por fin de obra; 78 dimisiones; 52 por no superar el período de prueba; 20 excedencias; uno por agotamiento del período máximo de IT; uno por extinción del contrato en aplicación del art. 41 ET y 78 despidos disciplinarios, de los cuales 38 no han demandado siquiera.

Defendió, que no deben computarse los despidos, fundados en el art. 52.d ET, por cuanto están basados en motivos inherentes a los trabajadores, por lo que en el período de referencia solo se produjeron veintiún despidos por causas no imputables a los trabajadores, por lo que no era exigible promover ningún despido colectivo. - Mantuvo, a estos efectos, que la finalidad del despido colectivo es constatar la concurrencia de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, sin que quepa discutir en dicho procedimiento si concurren o no las ausencias contempladas en el precepto reiterado.

Excepcionó finalmente caducidad de la acción, por cuanto el dies a quo del supuesto despido colectivo ha de situarse necesariamente en el 22-03-2013, que fue el día en el que se produjeron despidos por causas productivas, sin que quepa "elegir" el dies a quo por los trabajadores.

CGT se opuso a la excepción propuesta, por cuanto el dies a quo debe situarse necesariamente en la fecha del último despido por causas no imputables a los trabajadores, que se produjo el 30-04-2013.

Quinto . - De conformidad con lo dispuesto en el art. 85, 6 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, se precisa que los hechos controvertidos y pacíficos fueron los siguientes:

1-En el período de 1/2/13 a 30/4/13 no hubo 33 despidos sino 32 despidos porque Mónica no fue despedida aunque sí fue anunciado su despido.

2-El 1/2/13 se despide a 5 trabajadores por el art. 52.c) por causas organizativas del departamento de turnos y se recolocó a 4 trabajadores.

3-Hubo despidos por absentismo motivado entre los días 1 y 7 de marzo 5 y entre los días 8 y 30 de abril 6, en total 11.

4-Se han producido 32 despidos objetivos, 414 por fin de contrato, 78 dimisiones, 52 no superación del período de prueba, 20 excedencias, 1 agotamiento de IT, 78 despidos disciplinarios, de los cuales 38 no han demandado.

Se consideran hechos pacíficos e incontrovertidos los siguientes:

1-El 22/3/13 se despidió a 16 trabajadores por causas productivas por reducción del volumen de actividad en la plataforma de Iberdrola en Valencia.

2-La empresa tiene 4700 trabajadores.

Resultando y así se declaran, los siguientes

HECHOS PROBADOS

PRIMERO .- UNÍSONO tiene una plantilla de 4700 trabajadores y regula sus relaciones laborales por el Convenio Colectivo del Sector de Contact Center, registrado y publicado mediante resolución de la DGE de 12-07-2012. - Dicha mercantil cuenta con centros de trabajo en varias comunidades autónomas.

SEGUNDO . - CGT acredita una representación del 33% en los centros de trabajo de la empresa demandada.

TERCERO. - El 1-02-2013 la empresa demandada notificó el despido a cinco trabajadores con base a causas organizativas, mediante cartas que obran en autos y se tienen por reproducidas.

En el período 1-02 a 23-03-2013 la empresa demandada notificó el despido con base a causas productivas a dieciséis trabajadores, mediante cartas que obran en autos y se tienen por reproducidas.

En los días 1, 5 y 7-03-2013 y 8 y 30-04-2013 notificó el despido con base a lo dispuesto en el art. 54.2.d ET a doce trabajadores. - El 5-03-2013 se notificó a los representantes de los trabajadores que se despedida el mismo día a doña Mónica con base al art. 52.d ET. - Dicha trabajadora fue dada de baja en la TGSS el 9-04-2013 y de alta en la misma fecha, sin que se sepa qué sucedió desde el 5-03 al 9-04-2013.

En el período 1-02 a 30-04-2013 la empresa extinguió 414 contratos de trabajo por finalización de la obra; se produjeron 78 bajas voluntarias; se extinguieron 52 contratos por no superación del período de prueba; se produjeron 20 excedencias; se produjo una extinción por agotamiento del plazo máximo de IT; una extinción a iniciativa del trabajador, a quien se aplicó el art. 41 ET y 78 despidos disciplinarios, que no fueron impugnados por 38 trabajadores. - La empresa reconoció, no obstante, la improcedencia de 34 de esos despidos y se declaró la improcedencia del despido mediante sentencia, cuya firmeza no se ha acreditado.

CUARTO . - El 31-05-2013 se interpuso demanda de impugnación de despido colectivo.

Se han cumplido las previsiones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- De conformidad con lo dispuesto en los artículos 9, 5 y 67 de la Ley Orgánica 6/85, de 1 de julio, del Poder Judicial, en relación con lo establecido en los artículos 8.1 y 124.1 a 10 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, compete el conocimiento del proceso a la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional.

SEGUNDO. - De conformidad con lo prevenido en el artículo 97, 2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre los hechos, declarados probados, se han deducido de las pruebas siguientes:

a. - Los hechos primero, segundo y cuarto no fueron controvertidos, reputándose conformes, a tenor con lo dispuesto en el art. 87.1 LRJS.

b. - El segundo de los documentos 1 y a 17 de la empresa demandada (descripciones 36 y 38 a 52 de autos), que contienen las cartas de despido citadas y tienen pleno crédito para la Sala, aunque no fueran reconocidas globalmente por la demandante, por cuanto la falta de reconocimiento permite valorar libremente a la Sala la credibilidad de los documentos privados, a tenor con lo dispuesto en el art. 326.1 LEC, puesto que no fueron impugnados de contrario. - Por lo demás, dichos documentos se compaginan con el movimiento de altas y bajas en la TGSS, que obra como documento 2 de la demandada (descripción 37 de autos), que tiene pleno valor probatorio, a tenor con lo dispuesto en el art. 319 LEC, al tratarse de documento público, conforme prevé el art. 317.5 LEC. - Se afirma que la señora Mónica fue despedida el 5-03-2013, porque así se deduce de su carta de despido, que obra como documento 7 de CGT (descripción 2 de autos), que fue reconocida de contrario. - Su alta y baja en la fecha indicada se deduce del certificado de la TGSS, que obra como documento 18 de la demandada (descripción 53 de autos), que tiene pleno valor probatorio, con arreglo a lo previsto en el art. 319 LEC, al tratarse de documento público, subrayándose que no consta qué sucedió en el interregno de 5-03-2013, fecha del despido y el 9-04-2013, fecha en la que se produjo una baja y alta simultánea, por cuanto la carga de la prueba de que continuó trabajando correspondía a la empresa, de conformidad con lo dispuesto en el art. 317.3 LEC, sin que practicara prueba alguna al respecto. - Se declara probado que se reconoció en conciliación la improcedencia de 34 despidos disciplinarios y la declaración de improcedencia de uno de ellos mediante sentencia, porque se admitió así por el legal representante de la empresa en

interrogatorio de partes, sin que dicha inclusión en los hechos probados provoque indefensión a la parte demandada, por cuanto se trata de un hecho nuevo, que no pudo conocerse por la demandante hasta la práctica de la prueba antes dicha, dado que no se le notificaron dichos despidos, como resalta en el hecho tercero de su demanda, que no fue contradicho de contrario, tratándose, por tanto, de un hecho pacífico. - Por lo demás, la demandante solicitó que se aportará información sobre todas las extinciones contractuales, producidas en el período de referencia en su solicitud de prueba, que fue aceptada por la Sala, lo cual nos permite descartar cualquier clase de indefensión para la empresa UNISONO.

TERCERO . - Elart. 51.1 ETdice literalmente lo siguiente:

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

a) Diez trabajadores, en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores.

b) El 10 por ciento del número de trabajadores de la empresa en aquéllas 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 aquél se produzca como consecuencia de la cesación total de su actividad empresarial fundada en las mismas causas anteriormente señaladas.

Para el cómputo del número de extinciones de

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

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

En nuestra sentencia de 27-07-2012, rec.127/2012 dijimos lo siguiente:

"El art. 51.1 ET distingue entre dos modalidades de despido colectivo:

a. - Despido colectivo de derecho, cuando el empresario, superado el umbral número para el despido colectivo, sigue el procedimiento regulado en el art. 51.2 ET.

b. - Despido colectivo de hecho, cuando no lo hace así, aunque haya despedido trabajadores por encima del umbral antes dicho por causas no imputables a los mismos".

El art. 124.11 Ley 36/2011, en la versión vigente a 31-04-2013, decía textualmente lo siguiente:

"La sentencia se dictará dentro de los cinco días siguientes a la celebración del juicio y será recurrible en casación ordinaria.

Se declarará ajustada a derecho la decisión extintiva cuando el empresario, habiendo cumplido lo previsto en los arts. 51.2o y 51.7 del Estatuto de los Trabajadores, acredite la concurrencia de la causa legal esgrimida.

La sentencia declarará no ajustada a Derecho la decisión extintiva cuando el empresario no haya acreditado la concurrencia de la causa legal indicada en la comunicación extintiva.

La sentencia declarará nula la decisión extintiva cuando el empresario no haya realizado el período de consultas o entregado la documentación prevista en el art. 51.2 del Estatuto de los Trabajadores o no haya respetado el procedimiento establecido en el art. 51.7 del mismo texto legal u obtenido la autorización judicial del juez del concurso en los supuestos en que esté legalmente prevista, así como cuando la medida empresarial se haya efectuado en vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas. En este supuesto la sentencia declarará el derecho de los trabajadores afectados a la reincorporación a su puesto de trabajo, de conformidad con lo previsto en los apartados 2 y 3 del art. 123 de esta Ley".

La jurisprudencia, por todas, STS 23-01-2013, rec. 1362/2012, ha defendido que dies ad quem, para el cómputo de los 90 días, es la fecha del último despido por motivos no inherentes a la persona del trabajador, que se constituye, a su vez, en dies a quo para el cómputo siguiente. - Por consiguiente, el plazo de caducidad para la impugnación del despido colectivo de hecho, cuando se base en que en un período de 90 días se han producido despidos por motivos no inherentes a la persona del trabajador, que superen de los umbrales del art. 51.1 ET, habrá de activarse a partir del día siguiente a la fecha del último despido de esa naturaleza.

Así pues, probado que el 31-04-2013 se despidieron a seis trabajadores con base a lo dispuesto en el art. 54.2.d ET, entendiéndose por la demandante, que dicha causa no puede subsumirse en los supuestos de motivos inherentes a la persona de los trabajadores y acreditado también que la demanda se interpuso el 31-05-2013, vigésimo día hábil desde la fecha del último despido, se hace evidente que la acción se interpuso dentro de los plazos exigidos por el art. 124.6 LRJS, por lo que desestimamos la excepción de caducidad alegada por la empresa demandada, con independencia de que el supuesto extintivo, regulado en el art. 52.d ET, constituya o no un motivo no inherente a la persona del trabajador, sobre lo que resolveremos más adelante.

CUARTO . - El art. 1. de la Directiva 98/59 prescribe que «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 ... para un período de 90 días, al menos igual a 20, sea cual fuere el número de los trabajadores habitualmente empleados en los centros de trabajo afectados ... A efectos del cálculo del número ... se asimilarán a los despidos las extinciones del contrato de trabajo producidas por iniciativa de empresario en base a uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores, siempre y cuando los despidos sean al menos 5... La presente Directiva no se aplicará ... a los despidos colectivos efectuados en el marco de contratos de trabajo celebrados por una duración o para una tarea determinadas, salvo si estos despidos tienen lugar antes de la finalización o del cumplimiento de esos contratos».

La jurisprudencia, por todas STS 8-07-2012, recud. 2341/2012, ha examinado la regulación comunitaria en relación con la regulación nacional, estableciendo los criterios siguientes:

"Ciertamente que la regulación estatal y la comunitaria parecen que divergen en el elemento causal -tras coincidir ambas en la exclusión de las extinciones atribuibles a los contratos temporales-, pues para la Directiva en el cómputo del posible despido colectivo se incluyen todas las extinciones contractuales «siempre que concurren determinados requisitos de índole cuantitativa/temporal» y «engloba cualquier extinción del contrato de trabajo no pretendida por el trabajador y, en consecuencia, sin su consentimiento» [SSTJCE 2004/376, de 12/Octubre, asunto Comisión/Portugal, apartados 43 y 50; 2009/381, de 10/Diciembre, caso Rodríguez Mayor y otros, apartado 35], a excepción de los motivados por causas «inherentes a la persona»; en tanto que para el ET solamente se incluyen los ceses con ciertas causas [económicas, productivas u organizativas]. Como - ahora sí, efectivamente- divergen ambos órdenes normativos en la determinación del elemento numérico para el periodo de 90 días, pues para Directiva bastan 20

extinciones cualquiera que sea el número de trabajadores de la empresa [siquiera la indicación numérica vaya referida al «centro de trabajo», que no a la empresa en su conjunto], mientras que para el ET son precisos 30 ceses en empresas de 300 o más trabajadores.

Pero frente a estas diferencias han de hacerse tres observaciones: a) que aún a pesar de la dicción literal del art. 51 ET, que parece limitar los despidos colectivos a los basados en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, la primacía del Derecho comunitario influye en la interpretación de la normativa nacional [sin llegar a forzarla: SSTJCE 16/12/93, Asunto 334/92; 14/07/94, Asunto C-91/92; y 04/07/06, Asunto C-212/04. YSTS 24/06/09 -rcud 1542/08-], puesto que «el órgano jurisdiccional que debe interpretarla está obligado a hacer todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la directiva, para, al efectuar dicha interpretación, alcanzar el resultado a que se refiere la Directiva y de esta forma atenerse al párrafo tercero del art. 189 del Tratado» -actual art. 249- [SSTJCE 13/11/90, asunto Marleasing, apartado 8 ... 11/09/07, asunto Hendrix; 24/06/08, Asunto Commune Mesquer; y 25/07/08, asunto Janecek...] (STS 27/09/11 -rcud 4146/10-); b) que -como adelantamos poco más arriba- «En virtud del artículo 1, apartado 1, letra a), de la Directiva [98/59] , a efectos de la aplicación de ésta, se entenderá por "despidos colectivos" los despidos efectuados por un empresario, por uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores, siempre que concurren determinados requisitos de índole cuantitativa/temporal», resultando indebida aplicación de las obligaciones comunitarias limitar «el concepto de despidos colectivos a los despidos por motivos de índole estructural, tecnológica o coyuntural» y no ampliar «el citado concepto a los despidos por todas las razones no inherentes a la persona de los trabajadores» (STJCE 2004/376, de 12/Octubre, asunto Comisión/Portugal); y c) aparte de que los umbrales previstos en el art. 1 de la Directiva 98/59 constituyen «esas disposiciones mínimas que los Estados miembros únicamente podrán derogar mediante disposiciones más favorables para los trabajadores» [STJCE 2007/14, asunto CGT y otros, apartado 45], de todas formas en el caso de que tratamos se cumplen con holgura -como veremos- los umbrales numéricos previstos en el ET y la divergencia de éste con la Directiva 98/59 es irrelevante para la decisión del debate.

... Aunque la sentencia recurrida -a diferencia de la instancia- no haya insistido expresamente en ello, a pesar de todo implícitamente también mantiene que es a la empresa a quien corresponde decidir -aún mediando causa económica, productiva u organizativa- si procede a solicitar la extinción de los contratos por la vía del ERE que contempla art. 51 ET y con ello a una indemnización limitada [20 días por año de servicio], o por el contrario optar -legítimamente, se entiende- por basar el cese en cualquier otra alegación y abonar por ello -de no acreditarse la causa extintiva invocada- una superior indemnización [45 días por año de servicio]. Así se infiere del hecho de que considere que los contratos de los accionantes eran -efectivamente- fraudulentos, que su relación era -por tanto- indefinida y que además se habían superado el umbral numérico del art. 51 ET, a pesar de todo lo cual afirma que «sólo es colectivo el acuerdo extintivo empresarial en el que se aleguen causas objetivas», y que desde el momento en que la empresa había argumentado -como indicamos en el fundamento segundo, apartado 3- no causas económicas sino la finalización del objeto pactado, «falta uno de los requisitos necesarios para que entre en juego la obligatoriedad de la modalidad extintiva prevista en el art. 51» ET.

Discrepamos de este planteamiento, pues aunque

sea innegable que la regulación del despido colectivo beneficia los intereses del empresario al limitar -respecto de los despidos ordinarios- el importe indemnizatorio a satisfacer por cada cese acordado, no lo es menos que el procedimiento prescrito en el art. 51 ET no solamente atiende a intereses públicos evidentes [minorar -en lo posible- la destrucción del tejido productivo], sino al concreto de los trabajadores afectados, como lo evidencian el objeto de las obligadas negociaciones del empresario con los representantes de los trabajadores [«evitar o reducir sus efectos medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados ... posibilitar la continuidad y viabilidad del proyecto empresarial»] y la necesidad de que la solicitud sea acompañada -en empresas de cincuenta o más trabajadores- de un «plan que contemple las medidas anteriormente señaladas» [art. 51.4 ET]. Finalidades que expresamente se declaran como el objetivo principal de la Directiva 98/59, que la jurisprudencia comunitaria define como «las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias, mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento destinadas, en especial, a la ayuda para la readaptación o la reconversión de los trabajadores despedidos» (SSTJUE 2009/381, de 10/Diciembre, Caso Rodríguez Mayor y otros, apartado 43; 2009/237, caso «Mono Car Styling SA», apartado 40), o en la referencia a que la Directiva «pretende reforzar la protección de los trabajadores en caso de despidos colectivos» (STJCE 204/376, caso Comisión/Portugal, de 12/Octubre, apartado 52; y 2006/235, caso Agorastoudis y otros, de 7/Septiembre, apartado 34). Y no hay que olvidar -con ello se justifica esta cita del Derecho Comunitario- que «la obligación de los Estados miembros de alcanzar el resultado que una directiva persigue para atenerse al artículo 249 CE, párrafo tercero, se impone a todas las autoridades nacionales, incluidas las autoridades jurisdiccionales. Estas autoridades, a las que corresponde interpretar y aplicar el Derecho nacional, están obligadas llevar a cabo tal labor, en la medida de lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de dicha directiva para alcanzar el resultado que ésta persigue (SSTJCE 272/2004, de 5/Octubre, caso Pfeiffery otros, apartado 113; y 2006/235, de 7/Septiembre, caso Agorastoudis y otros, apartado 43, precisamente en interpretación de la precedente Directiva 75/129/CEE, de 17/Febrero).

... De esta forma es claro que en los supuestos de posible concurrencia de causas que pudieran justificar el despido colectivo, el empresario no puede legítimamente optar -para extinguir un número de contrato de trabajo que alcancen los umbrales del art. 51.1 ET- entre seguir el oportuno ERE con extinción indemnizada de 20 días año/servicio o bien acudir al cese ordinario de los mismos trabajadores y abonar una indemnización de 45 días año/servicio, pues los plurales intereses en juego [empresariales; públicos; y de los concretos trabajadores afectados] le imponen preceptivamente que haya de seguir el cauce colectivo que contempla el citado art. 51 ET. Doctrina ésta que es absolutamente compatible con la tradicional de esta Sala, respecto de que «... para la existencia de un despido colectivo no basta, en forma alguna, con el hecho de que varios trabajadores hayan sido despedidos al mismo tiempo, aunque el número de esos trabajadores supere, incluso con holgura, los topes que fija el art. 51-1 del ET, sino que además es absolutamente preciso que esos cese sean debidos a alguna causa económica, técnica, organizativa o de producción» (SSTS 22/01/08 -rcud 4042/06-; 22/02/06 -rcud 3315/06-; 26/02/08 -rcud 672/06-; 14/05/08 -rcud 3688/06-; y 30/09/08 -rcud 4050/06-). Y es compatible porque tales consideraciones se añaden a la observación de que en los supuestos entonces debatidos «no consta, en forma alguna, la concurrencia de ninguna de estas causas; ni siquiera aparece el más mínimo indicio de tal concurrencia». Así pues, el criterio expresado en el actual proceso no es sino mero complemento del referido en las sentencias que precedentemente se han indicado y cuya doctrina tan sólo resulta

«clarificada» con la sentada en la presente resolución".

La misma Sala en STS 3-07-2012, recud. 1657/2011 sostuvo lo siguiente:

"El apartado 1 del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores, en la redacción aplicable por razones temporales, anterior a la reforma introducida por el RD Ley 3/2010 de 10 de febrero, establecía que "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 90 días, la extinción afecte al menos a ...", estableciendo el umbral numérico de trabajadores en relación con el número de trabajadores de la empresa.

El penúltimo párrafo del precitado apartado 1 disponía que "para el cómputo del número de extinciones de contratos a que se refiere el párrafo primero de este artículo, se tendrán en cuenta asimismo cualesquiera otras producidas en el periodo de referencia por iniciativa del empresario en virtud de otros motivos no inherentes a la persona del trabajador distintos de los previstos en el párrafo c) del apartado 1 del artículo 49 de esta Ley, siempre que su número sea, al menos de cinco."

El artículo 49.1 c) del Estatuto de los Trabajadores establece que "El contrato de trabajo se extinguirác) Por expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato".

En definitiva, la aplicación del artículo 51 requiere la concurrencia de tres elementos: El elemento numérico -número de trabajadores afectados-, el temporal -en un periodo de 90 días- y el causal -causas económicas, técnicas, organizativas o de producción".

Parece claro, por tanto, que nuestro alto Tribunal exige, como requisitos constitutivos para que la empresa esté obligada a promover despido colectivo, que se superen los umbrales del art. 51.1 ET en un período de 90 días y que concurran causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, en cuyo caso deberán computarse, además de los despidos producidos por dichas causas, cualesquiera otro que no esté basado en motivos inherentes a la persona del trabajador distinto de los previstos en el art. 49.1.c ET. - Si no se hiciera así, si se excluyera del cómputo a los trabajadores despedidos en el período de referencia por motivos no inherentes a su persona, salvo la excepción mencionada, no sería posible la integración, promovida por el Tribunal Supremo, entre su doctrina tradicional y la legislación comunitaria, que ya ha sido interpretada claramente por el TJCE en su sentencia de 12-10-2004, vulnerándose, además, el art. 1 de la Directiva Comunitaria y el propio art. 51.1 ET.

Centrados los términos del debate, debemos despejar, a continuación, si la empresa demandada debió promover un despido colectivo, como defiende la demandante o, por el contrario, actuó debidamente, por cuanto no despidió más que a veintiún trabajadores por causas organizativas o productivas, siendo irrelevante, por consiguiente, que en el período de referencia despidiera a 12 trabajadores con base a lo dispuesto en el art. 54.2.d ET, puesto que dicha causa es inherente a la persona del trabajador y admitiera la improcedencia de la mitad de los 78 trabajadores despedidos disciplinariamente y se admitiera por

sentencia, cuya firmeza no consta acreditada, la improcedencia de otro de los trabajadores despedidos.

La Sala considera acertada la tesis de la demandante, por cuanto se ha acreditado de modo contundente, nada menos que por la declaración del legal representante de la empresa, que en el período de referencia despidió disciplinariamente a 78 trabajadores, aunque admitió a continuación la improcedencia de los despidos de la mitad de los despedidos y se reconoció judicialmente la improcedencia de uno de los despidos. - Dicha actuación demuestra cumplidamente, a nuestro juicio, que dichos trabajadores fueron despedidos por motivos no inherentes a sus personas, al ser impensable que la empresa despidiera disciplinariamente en un período muy reducido de tiempo a tantos trabajadores para admitir, sin controversia acreditada, que la mayoría de dichos despidos eran improcedentes, puesto que dicha actuación acredita por si misma la ausencia de causa disciplinaria, lo cual constituye un fuerte indicio de fraude de ley, por cuanto el reconocimiento de improcedencia permite presumir que los despidos disciplinarios encubrían su verdadera causa, que era económica, técnica, organizativa o de producción, de conformidad con lo dispuesto en el art. 6.4 CC. - Queremos precisar aquí, que la Sala no pretende equiparar mecánicamente el reconocimiento de la improcedencia de un despido disciplinario con la concurrencia de fraude de ley, por cuanto dicha actuación empresarial puede deberse a una transacción legítima. - Sin embargo, cuando se despide masivamente por causas disciplinarias a trabajadores en un corto período de tiempo, se reconoce la improcedencia de la mitad de esos despidos y se declara judicialmente la improcedencia de otro, sin que se haya acreditado por la empresa que hubo una transacción efectiva con los trabajadores, a los que reconoció la improcedencia del despido, debemos concluir necesariamente que dichos despidos disciplinarios carecían de causa disciplinaria, por lo que no estaban causados en motivos inherentes a las personas de los trabajadores afectados.

Por consiguiente, probado que en el período 1-02 a 30-04-2013, además de los veintinueve despidos por causas organizativas o productivas, la empresa despidió por causas no inherentes a las personas de los trabajadores a otros treinta y cinco trabajadores, se hace evidente que superó con creces los umbrales, requeridos por el art. 51.1 ET, para realizar un despido colectivo. - Por consiguiente, no habiéndose realizado el período de consultas, exigido por el art. 51.2 ET, procede declarar la nulidad del despido, a tenor con lo dispuesto en el art. 124.11 LRJS

Avala la tesis expuesta reiterada jurisprudencia y doctrina judicial, que viene defendiendo la exigencia de seguir el procedimiento de despido colectivo cuando se superan los umbrales del art. 51.1 ET, si se producen despidos por motivos no inherentes al trabajador, que deben adicionarse al número de extinciones de contratos a que se refiere el párrafo primero de este apartado, puesto que dicho precepto dispone que se tendrán en cuenta asimismo cualesquiera otras producidas en el período de referencia por iniciativa del empresario en virtud de otros motivos no inherentes a la persona del trabajador distintos de los previstos en el art. 49.1.c) de esta Ley, siempre que su número sea, al menos, de cinco. - Por todas, STS 3 y 8-07-2012, recud. 1657/2011 y 2341/2012); STSJ Málaga 21-04y9-06-2005, AS 2005342 y 3600 y STSJ Tenerife 7-06-2006, AS 2006105; SAN 27-07-2012, proce. 127/2012, ROJ 3477/2012; STSJ Valladolid 23-01-2013, rec. 2382/2012y 19-02-2013, rec. 83/2013, donde se declaró la improcedencia y se mantuvo en suplicación, porque no cabe la reformatio in peius; STSJ Burgos 19-02-2013, rec. 83/2013y STSJ Madrid

5-11-2012, rec. 4542/2012.

QUINTO . - El art. 4 del Convenio 158 de la OIT prevé que no se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada, relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la Empresa, establecimiento o servicio.

Elart. 52 ET, que regula la extinción del contrato por causas objetivas, dice lo siguiente:

"El contrato podrá extinguirse:

a) Por ineptitud del trabajador conocida o sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa. La ineptitud existente con anterioridad al cumplimiento de un período de prueba no podrá alegarse con posterioridad a dicho cumplimiento.

b) Por falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas operadas en su puesto de trabajo, cuando dichos cambios sean razonables. Previamente el empresario deberá ofrecer al trabajador un curso dirigido a facilitar la adaptación a las modificaciones operadas. El tiempo destinado a la formación se considerará en todo caso tiempo de trabajo efectivo y el empresario abonará al trabajador el salario medio que viniera percibiendo. La extinción no podrá ser acordada por el empresario hasta que hayan transcurrido, como mínimo, dos meses desde que se introdujo la modificación o desde que finalizó la formación dirigida a la adaptación.

c) Cuando concurra alguna de las causas previstas en el art. 51.1 de esta Ley y la extinción afecte a un número inferior al establecido en el mismo.

Los representantes de los trabajadores tendrán prioridad de permanencia en la empresa en el supuesto al que se refiere este apartado.

d) Por faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, que alcancen el 20 % de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos siempre que el total de faltas de asistencia en los doce meses anteriores alcance el cinco por ciento de las jornadas hábiles, o el 25 % en cuatro meses discontinuos dentro de un periodo de doce meses.

No se computarán como faltas de asistencia, a los efectos del párrafo anterior, las ausencias debidas a huelga legal por el tiempo de duración de la misma, el ejercicio de actividades de representación legal de los trabajadores, accidente de trabajo, maternidad, riesgo durante el embarazo y la lactancia, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia, paternidad, licencias y vacaciones, enfermedad o accidente no laboral cuando la baja haya sido acordada por los servicios sanitarios oficiales y tenga una duración de más de veinte días consecutivos, ni las motivadas por la situación física o psicológica derivada de violencia de género, acreditada por los servicios sociales de atención o servicios de

Salud, según proceda. -Tampoco se computarán las ausencias que obedezcan a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave".

Parece claro, por tanto, que los supuestos a); b) y d) del precepto transcrito se relacionan con la capacidad del trabajador, por cuanto por "capacidad" debe entenderse, conforme al Diccionario de la Real Academia de la Lengua, la aptitud, el talento, así como la cualidad que dispone a alguien para el buen ejercicio de algo. - Por el contrario, el apartado c) define la extinción debida al funcionamiento de la empresa.

La empresa demandada, apoyándose en STSJ de Cataluña de 2-02-2012, rec. 7177/2009; 21-06-2011, rec. 1530/2011 y 14-05-2012, rec. 1573/2012 y STSJ Madrid 8-03-2013, rec. 6621/2012, defendió que la causa de extinción, regulada en el art. 52.d ET, es inherente a la persona del trabajador, por lo que no debe computarse de conformidad con lo dispuesto en el art. 51.1 ET. - Dicha tesis ha sido defendida de modo unánime por la doctrina científica (Martín Valverde; García Murcia; Camps; Cruz Villalón y Palomeque, entre otros) apoyándose en una interpretación lógica del precepto, por cuanto la ineptitud del trabajador, su incapacidad para adaptarse a las modificaciones operadas en su puesto de trabajo, cuando dichos cambios sean razonables y sus ausencias en los porcentajes citados se predicen necesariamente de la persona del trabajador.

El art. 51.1 ET dice textualmente lo siguiente:

"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 período de referencia por iniciativa del empresario en virtud de otros motivos no inherentes a la persona del trabajador **distintos** de los previstos en el art. 49.1.c) de esta Ley, siempre que su número sea, al menos, de cinco".

La expresión "motivos no inherentes a la persona del trabajador", recogida en el art. 51.1 ET, trae causa, como hemos señalado más arriba, en el art. 1 de la Directiva Comunitaria comentada, que ha sido interpretada de modo rotundo por STJCE 12-10-2004, en cuyo fundamento 50 se dice expresamente lo siguiente:

"El citado precepto debe interpretarse en el sentido de que engloba cualquier extinción del contrato de trabajo no pretendida por el trabajador y, en consecuencia, sin su consentimiento. - Tal concepto no exige que las causas subyacentes correspondan a la voluntad del empresario".

En el fundamento de derecho 60 se subraya que "...la extinción del contrato no está excluida del ámbito de aplicación de la Directiva por el mero hecho de que dependa de unas circunstancias ajenas a la voluntad del empresario".

Por otra parte, el párrafo quinto del art. 51.1 ET, reproducido más arriba, al referirse a otros motivos no inherentes a la persona del trabajador, precisa de modo poco afortunado que se tendrán en cuenta cualesquiera otras producidas en el período de referencia por iniciativa del empresario en virtud de

otros motivos no inherentes a la persona del trabajador distintos a los previstos en el art. 49.1.c) de esta Ley, siempre que su número sea, al menos, de cinco. - Y es desafortunada, porque el supuesto extintivo, contemplado en el art. 49.1.c, no tiene relación alguna con la persona del trabajador, lo que nos lleva a concluir, que el legislador nacional pretende que se computen únicamente aquellas extinciones basadas en motivos no inherentes a la persona del trabajador, entendiéndose como tales aquellas extinciones que por su naturaleza no estén de tal manera unidas a algo, que no se pueda separar de ello, de conformidad con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua.

Si esto es así, como creemos, parece claro que las causas de extinción basadas en la capacidad del trabajador, como las reguladas en los apartados a), b) y d) del art. 52 ET, deberían considerarse inherentes a la persona del trabajador, porque todas ellas se predicen de su persona, aun cuando no se deban a su voluntad.

Ya hemos anticipado más arriba, que la doctrina comunitaria ha interpretado el art. 1 de la Directiva 1998/59/CE de modo diferente, entendiéndolo que el citado precepto debe interpretarse en el sentido de que engloba cualquier extinción del contrato de trabajo no pretendida por el trabajador y, en consecuencia, sin su consentimiento, lo que sucede necesariamente en los tres supuestos debatidos y de modo particular en el absentismo justificado, puesto que la enfermedad sobreviene al trabajador, sin que intervenga para nada su voluntad.

A nuestro juicio, esta interpretación no puede aplicarse mecánicamente a las extinciones contractuales basadas en la capacidad del trabajador, que son, por definición, inherentes, a la persona del trabajador. - Por lo demás, la sentencia del Tribunal comunitario no estudió de modo específico las extinciones basadas en la capacidad del trabajador, estudiando únicamente la trasposición de la Directiva Comunitaria en el ordenamiento portugués, por lo que debe aplicarse con cautela al supuesto debatido, como resalta en STJCE de 10-12-2009, proced. 323/2008, caso Ovidio Rodríguez Muñoz contra el Reino de España, donde el propio Tribunal precisa que su pronunciamiento en la sentencia de 12-10-2004 debe entenderse aplicable únicamente al supuesto allí debatido. - Por lo demás, la aplicación literal de la sentencia antes dicha conduciría a computar también los despidos disciplinarios procedentes, por cuanto ni son pretendidos por el trabajador, ni se producen con su consentimiento, lo que no parece ser la intención del legislador comunitario.

Por otra parte, como anticipamos más arriba, la jurisprudencia, por todas STS 3-07-2012, recud. 1657/2011 y 8-07-2012, recud. 2341/2012, con pleno conocimiento de la sentencia del TJCE de 12-10-2004 ha sintetizado los requisitos para el cómputo del número de trabajadores en los procedimientos de despido colectivo: El elemento numérico -número de trabajadores afectados-, el temporal -en un periodo de 90 días- y el causal -causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. -Dicha jurisprudencia descarta, por consiguiente, el cómputo de otras extinciones que, aun basadas en causas objetivas, sean inherentes a la persona del trabajador, como sucede con las extinciones basadas en su capacidad, aunque si serían computables otras que, no basándose en motivos inherentes a la persona del trabajador, como sucede con los despidos improcedentes, puedan asimilarse a las causas relacionadas con la situación de las empresas.

Así pues, aunque consideramos que no deben computarse los despidos, fundados en el art. 52.d) ET, mantenemos la nulidad del despido, por cuanto se ha demostrado, que la empresa demandada despidió en el período de referencia a cincuenta y seis trabajadores sin seguir el procedimiento previsto en el art. 51.2 ET, conforme a lo razonado en el fundamento de derecho precedente.

Sin costas por tratarse de conflicto colectivo y no apreciarse temeridad en ninguno de los litigantes.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

En la demanda de impugnación de despido colectivo, promovida por CGT, desestimamos la excepción de caducidad de la acción alegada por la empresa demandada.

Estimamos la demanda de impugnación de despido colectivo y declaramos la nulidad de los despidos producidos en el período 1-02 a 30-04-2013, por lo que condenamos a la empresa UNISONO SOLUCIONES CRM, SA a estar y pasar por dicha nulidad, así como a readmitir a los trabajadores afectados en sus puestos de trabajo en los términos exigidos por los apartados 2y3 del art. 124 LRJS.

Notifíquese la presente sentencia a las partes advirtiéndoles que contra la misma cabe Recurso de Casación ante la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, que podrá prepararse ante esta Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en el plazo de **CINCO DÍAS** hábiles desde la notificación, pudiendo hacerlo mediante manifestación de la parte o de su abogado, graduado social colegiado o representante al serle notificada, o mediante escrito presentado en esta Sala dentro del plazo arriba señalado.

Al tiempo de preparar ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional el Recurso de Casación, el recurrente, si no goza del beneficio de Justicia gratuita, deberá acreditar haber hecho el depósito de 600 euros previsto en el art. 229.1.b de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, en la cuenta corriente que la Sala tiene abierta en Banesto, Sucursal de la calle Barquillo 49, con el nº 2419 0000 000240 13.

Se advierte, igualmente, a las partes que preparen recurso de casación contra esta resolución judicial, que, según lo previsto en la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, modificada por el RDL 3/13 de 22 de febrero, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, con el escrito de interposición del recurso de casación habrán de presentar justificante de pago de la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional a que se refiere dicha norma legal, siempre que no concurra alguna de las causas de exención por razones objetivas o subjetivas a que se refiere la citada norma, tasa que se satisfará mediante autoliquidación según las reglas establecidas por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas en la Orden HAP/2662/2012, de 13 de diciembre.

Llévese testimonio de esta sentencia a los autos originales e incorpórese la misma al libro de sentencias.

Así por nuestra sentencia lo pronunciamos, mandamos y firmamos.