

El Fraude de ley como medida protectora ante el cambio normativo y otros supuestos

Dr. Adrián Todolí Signes(*)

Índice

- I. *Planteamiento de las cuestiones.*
- II. *El fraude de ley en un supuesto de sucesión normativa.*
- III. *Efectos del fraude de ley en los despidos colectivos.*
- IV. *Impugnación por parte de la autoridad laboral del acuerdo entre empresario y representantes de los trabajadores en un despido colectivo.*

I. *Planteamiento de las cuestiones*

En los últimos años, el Derecho del Trabajo está sufriendo una vorágine de reformas,¹ todas ellas flexibilizadoras de la regulación legal que han puesto de manifiesto la gran importancia de las Disposiciones Transitorias o de su ausencia. Siempre que existen modificaciones legales se plantea la cuestión de cuál es el derecho aplicable y el legislador no siempre es lo suficientemente diligente como para explicitarlo en la propia ley a través de las correspondientes Disposiciones Transitorias. De esta manera, la Doctrina recurre al Código Civil (CC) y a la propia Constitución Española para aclarar que norma es la aplicable en un supuesto de sucesión normativa. Pero si este problema no fuera suficiente, incluso cuando el legislador establece expresamente la norma a seguir, siempre se abrirá la posibilidad al empresario de que

conociendo lo que dice la Disposición Transitoria, este adapte sus actos jurídicos a la legislación que más le interese. Este mismo concepto, con las particularidades de cada rama del ordenamiento jurídico, se ha llamado en Derecho Internacional Privado “fórum shopping”,² en Derecho Tributario “economía de opción”³ y en Derecho del Trabajo fraude de ley.⁴

Así pues, en un ordenamiento jurídico que está en constante modificación y que en los últimos años se han venido simplificando los procedimientos y facilitando las causas con un notable aumento del poder unilateral del empresario,⁵ este, ahora y en el futuro, siempre tendrá incentivos para buscar la manera de acogerse a las nuevas legislaciones evitando las anteriores, con el objetivo de rehuir las disposiciones transitorias de la norma o del Código Civil y la Constitución Española.

(*) Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Facultad de Derecho, Universidad de Valencia

1 MIRÓ MORROS D., “La problemática de los expedientes de regulación de empleo después de la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral y su convalidación posterior por la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral”, Actualidad jurídica Aranzadi, nº 850, 2012, (BIB 2012/3139), p 1. También ha sido calificado como “Proceso inagotable de reformas” en RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER M., “Flexibilidad interna y externa en el Real Decreto-Ley 3/2012”, Diario La Ley, nº 7833, 2013, p 1.

2 El fórum-shopping consiste en que una parte de un contrato elija el Tribunal competente con el fin de que ese órgano jurisdiccional aplique una determinada norma que les beneficie. Es objetivo de las normas de DIP evitar tal posibilidad, pero esta no está calificada como fraude de ley, ADRIÁN ARNAIZ A.J., “Forum non conveniens” y “Forum shopping” en el sistema comunitario de competencia judicial y ejecución de sentencias”, Revista de estudios europeos, nº2 1992, pp 48 y ss.

3 La economía de opción, aceptada por el Derecho, permite que un determinado contribuyente acomode su actuación a la forma que le resulte menos gravosa, de entre todas las que ofrece el ordenamiento. AAVV., Curso de derecho financiero y tributario, Tecnos, 20º ed, Madrid, 2009, p 165, En la Jurisprudencia STS (3ª) 2 de noviembre de 2002 (AS 2003 1025) y de 28 de junio de 2006 (RJ 2006/6314)

4 SAN de 25 de junio de 2012 (AS 2012 1776)

5 MONEREO PÉREZ JL., “El régimen jurídico de los despidos colectivos después de la reforma de 2012”, Temas Laborales, nº115, 2012, p 317.

En el concreto supuesto del Expediente de Regulación de Empleo (ERE), el hecho de su desaparición ha terminado con una institución de más de 50 años – el concepto de crisis de empresa aparece en 1944⁶. Este cambio legislativo ha simplificado sobremanera las posibilidades para que una empresa pueda realizar despidos colectivos, ya que ahora la decisión sobre si se pueden realizar los despidos colectivos no la toma la autoridad laboral sino que unilateralmente el empresario podrá adoptar la medida, pasando de un control administrativo ex-ante a un control judicial ex-post. Pero no es este el único efecto flexibilizador de la desaparición de la autorización administrativa, sino, además, con anterioridad a la reforma la no constatación de la causa provocaba la denegación de la autorización y, por tanto, cualquier despido colectivo realizado sin autorización se convertiría en nulo. Actualmente, la no constatación de la causa en vía judicial no provoca la nulidad del despido sino su improcedencia, con la reducción de los costes para la empresa que ello implica.⁷

El establecimiento por parte del legislador reformador de una conexión directa y automática entre los hechos que justifican la causa y la procedencia de los despidos, desechando valoraciones a futuro de la decisión empresarial (EM. V. párrafo 8º), una vez más, ha facilitado la justificación necesaria para que los despidos sean declarados procedentes. En general, todas estas ventajas hacen mucho más atractiva la nueva legislación sobre despidos colectivo que la anterior, por lo que este es un supuesto en el cual los empresarios tendrán grandes incentivos para querer que se les aplique la nueva regulación. A este respecto se ha llegado incluso a desistir de un ERE ya comenzado con el objetivo de iniciar otro bajo la nueva regulación, cuestión que analizaremos en la presente comunicación.

Por otra parte, esta nueva regulación también ha traído cambios sustanciales respecto a la regulación del fraude de ley en los despidos colectivos. Tres son las manifestaciones de la ley a este respecto.

El art. 51.6 del Estatuto de los Trabajadores (ET) y 148 b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), establece que la Autoridad Laboral podrá impugnar el acuerdo existente entre los representantes de los trabajadores y el empresario cuando estime que este se ha alcanzado mediante fraude, dolo, coacción o abuso de derecho a efectos de su posible declaración de nulidad.⁸ Así pues, la presencia del fraude de ley en el acuerdo provocará la nulidad de este. Cuestión diferente será los efectos que esta declaración de nulidad provocará sobre los despidos individuales, supuesto que analizaremos en la presente comunicación.

El art. 51.1 in fine ET y 122.2 LRJS establecen la nulidad por fraude de ley, si en periodos sucesivos de 90 días y, con objeto de eludir las previsiones del art. 51, se realizan extinciones al amparo del art. 52.c) en un número inferior a los umbrales señalados sin que concurren nuevas causas.

El art. 124 c) y d) LRJS permite que la demanda pueda fundarse por fraude, dolo, coacción o abuso de derecho, así como por vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas. Si bien, en los efectos tasados por este artículo se establece la nulidad de los despidos por vulneración de los derechos fundamentales y las libertades públicas, nada se dice sobre los efectos en el despido en caso de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho. Así pues, aquí se plantean dos cuestiones que esta comunicación pretende analizar. La primera es si el fraude implica la nulidad o la improcedencia del despido, puesto que al guardar la Ley silencio al respecto serán los Tribunales

6 RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER M., “Flexibilidad interna y externa en el Real Decreto-Ley 3/2012”, op cit., p 5.

7 El art. 124. 11 LRJS establece que “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.”

8 Con anterioridad, la autoridad laboral suspendía el Expediente, y remitía a la jurisdicción social para que dictaminara sobre la nulidad o no del acuerdo, actualmente con independencia de la impugnación judicial por parte de la Autoridad Laboral, el empresario podrá efectuar los despidos, ya que estos dependen de una decisión unilateral por su parte, en la que no puede interferir la administración PALOMAR OLMEDA A., “La posición de la autoridad laboral en el ámbito de los despidos colectivos” AS, nº 1, 2012, (versión digital BIB 2012/514) p. 6.

los que deban dictaminar al respecto. Y, segundo, en caso de que se considere que el fraude implica nulidad del despido, esto quiere decir que ¿el fraude en la causa, que habilita los despidos, puede implicar también la nulidad del despido?, ¿o bien, el legislador se refiere solo al fraude en el procedimiento efectuado? En caso de considerar que el fraude en la causa puede implicar la nulidad del despido volvería a plantearse el debate sobre el despido nulo fraudulento,⁹ al menos en el caso de los despidos objetivos.

II. El fraude de ley en un supuesto de sucesión normativa.

El supuesto que entiendo prototipo de la modificación de la conducta empresarial para adaptarse a una mejor legislación posterior ha sido el de un empresario que desiste de un ERE iniciado con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto 3/2012 de 10 de febrero, con objeto de reiniciarlo como despido colectivo para acogerse a una legislación más favorable. En el presente caso se analiza en la Sentencia de la Audiencia Nacional (SAN) de 25 de junio de 2012 (recurso 94/2012), donde se consideró que con esta conducta la empresa actuaba en fraude de ley, creando con ello un posible precedente para otras actuaciones en las que el empresario desiste de actuaciones ya iniciadas, como puedan ser modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo o suspensión de contratos, con objeto de acogerse a una mejor legislación. Analizaremos primero las razones que llevan a considerar el fraude de ley en el supuesto del ERE y luego se verá si estas son aplicables a otros supuestos con la misma intención. Para analizar la figura del fraude de ley, primero, se debe acudir al art. 6.4 CC donde esta está regulada. Este precepto indica que los actos realizados al amparo del texto de una norma (norma de cobertura) que persigan

un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de Ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir (norma a eludir). Así pues, partiendo de este concepto, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo exige los siguientes requisitos para entender que existe fraude de ley.

1. Se requiere la utilización de una determinada norma del ordenamiento jurídico para la cobertura de un resultado antijurídico o prohibido por la ley. Es decir, debe existir una norma a eludir y una norma de cobertura que a través de una ficción (el fraude) sea la que se aplique cuando realmente debería aplicarse la norma eludida.¹⁰

2. Debe existir un “ánimus fraudandi”. Es decir, es una condición necesaria que exista un elemento subjetivo o de intención por el cual el fin para realizar tal acción sea precisamente eludir la norma.¹¹ No parece suficiente con la constatación objetiva de la producción de un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico¹² sino que es necesario que ese resultado se busque deliberadamente, se pretenda, se persiga, o se muestre con el propósito de eludir la norma.¹³

En mi opinión, a la vista de la divergencia de criterio mantenida por el Tribunal Supremo a lo largo de los años, respecto a este requisito, se obtiene la conclusión práctica de que aunque este afirme que es un requisito necesario para estimar fraude de ley, realmente no parece que lo sea. De un análisis de las Sentencias citadas parece ser que en caso de que se deduzca de las pruebas este ánimo fraudulento, el Tribunal Supremo, lo aprovechará para dejar claro que existe fraude de ley. Pero si el ánimo no se prueba, esto no va a impedir que el Tribunal Supremo entienda que existe fraude.

9 Para los despidos disciplinarios el Tribunal Supremo entendió en Sentencias de 2 de noviembre de 1993 y 19 de enero de 1994 que el fraude de ley implicaba la improcedencia del despido no su nulidad.

10 Los supuestos típicos en derecho laboral son la utilización de un contrato temporal para eludir un contrato indefinido (por todas STS 3 de julio de 2012 recurso en unificación de doctrina -rec. ud.- 1744/2011), o la cobertura mediante una contrata o subcontrata que oculta una cesión ilegal de trabajadores (por todas, STS 3 de marzo de 2011 rec ud. 2092/2010).

11 SSTS de 12 de mayo de 2009 (rec. ud. 2497/2008), de 5 de diciembre de 1991 (rec. ud. 626/1991), 11 de octubre de 1991 (rec 195/1991).

12 Si bien la Jurisprudencia también ha aceptado en más de una ocasión la mera constatación objetiva de la producción de un resultado prohibido por la norma, sin entrar a valorar la conducta del autor. STS 14 de mayo de 2008 (rec ud. 884/2007), 31 de mayo de 2007 (rec. ud. 401/2006), 19 de junio de 1995 rec. 2371/1994).

13 SSTS de 12 de mayo de 2009 (rec. ud. 2497/2008), 6 de febrero de 2003 (rec ud. 1207/2002).

Así pues, en el supuesto en el que no se prueba el ánimo, el Tribunal Supremo ha afirmado, en más de una ocasión, que “no es necesario que tenga que justificarse la intencionalidad fraudulenta de los negociadores, sino que es suficiente con que los datos objetivos que constan en el mismo revelen el ánimo de ampararse en el texto de una norma para conseguir un resultado prohibido o contrario a la Ley”.¹⁴ Dando como resultado que es suficiente probar la parte objetiva. En conclusión se puede afirmar que, en la práctica, el Tribunal Supremo trata este requisito como una condición débil.

Respecto a la prueba del fraude de ley, deberá probarla quien lo alegue. Si bien en un principio se rechazaba que esta se pudiera probar mediante presunciones exigiendo la prueba plena de manera inexcusable,¹⁵ en la actualidad se podrá acreditar mediante pruebas directas o indirectas admitiéndose las presunciones siempre que exista un “enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano”.¹⁶

Una vez vistos los requisitos exigidos para inferir que existe fraude de ley se deben aplicar al supuesto concreto por el cual se desiste de un ERE con objeto de reanudar como despido colectivo aplicando la normativa más favorable para el empresario.

En este supuesto existe una Disposición Transitoria décima que regulaba el régimen transitorio de los Expedientes de Regulación de Empleo (EREs) estableciendo literalmente que “los expedientes de regulación de empleo (...) que estuvieran en tramitación en el momento de entrada en vigor del Real Decreto-Ley se seguirán rigiendo por la normativa vigente en el

momento de su inicio”. Así pues, en esta Disposición Transitoria se encuentra la norma a eludir, puesto que la empresa con su actuación desea que no se aplique esta Disposición Transitoria décima. Ahora bien, en el caso hipotético de que el legislador no hubiera establecido Disposición Transitoria sino que hubiera guardado silencio, a mi entender, también hubiera habido norma a eludir solo que en este caso hubiera sido el principio general de aplicación retroactiva de la norma del art. 2.3 CC, por el cual las normas no tienen efecto retroactivo salvo que se hubiera dispuesto lo contrario.¹⁷ Derivado de ello, se debe concluir que en caso de que no hubiera norma transitoria alguna al respecto, la normativa a aplicar hubiera sido igualmente la del momento de su inicio. En tal caso, lo único que hace la Disposición Transitoria es aclarar para el caso concreto lo establecido como regla general por el Código Civil. En fin, respecto al criterio objetivo, queda claro que se elude las normas de retroactividad por lo que se consigue con ello un resultado ilícito o no querido por la normativa.

En cuanto al elemento subjetivo o “ánimo fraudandi” se exige la manifiesta voluntad de sustraerse del procedimiento legal para beneficiarse de un procedimiento más flexible que el precedente. La SAN de 25 de junio de 2012 (rec. 94/2012)¹⁸ encuentra este ánimo derivado de los siguientes indicios. Se acredita que el nuevo despido colectivo tenía los mismos objetivos que el anterior y se presentó sin solución de continuidad. Además, no se probó la concurrencia de nuevos hechos o causas nuevas, que justificaran razonablemente apartarse del procedimiento previo para promover uno nuevo con fundamentos fácticos

14 SSTS 31 de mayo de 2007 (rec. ud. 401/2006), 19 de junio de 1995 (rec. 2371/1994)

15 SSTS 7 de octubre de 1988, 24 de octubre de 1987, 15 de octubre de 1986. En la doctrina BLASCO PELLICER A., La individualización de las relaciones laborales, CES, Madrid, 1995, pp 131 y 132.

16 SSTS 30 de marzo de 2006 (rec. ud. 53/2005), 21 de junio de 2004 (rec. ud. 3143/ 2003), 24 de febrero de 2003 (rec ud. 4369/2001), 29 de marzo de 1993 (rec. ud 795/1992).

17 Esta es la solución defendida por la mayoría de la Doctrina Judicial para el caso de los salarios de tramitación donde no existe Disposición Transitoria que lo aclare. En este supuesto se establece que la normativa aplicable es la vigente en el momento del hecho causante, es decir, en el momento del despido. En la Doctrina GARCÍA MÍGUELES MP., “Controvertida interpretación de los Tribunales sobre el reconocimiento o no de los salarios de tramitación por despidos improcedentes producidos con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma laboral”, AS, nº 22, 2012, (BIB 2012 /1009), p 3. En la doctrina judicial, por todos, STSJ País Vasco 221/2012 de 21 de febrero de 2012 (rec. 221/2012), incluso aquella doctrina que se opone a esta solución discuten que el hecho causante que determine la norma vigente sea el momento del despido alegando que es el momento de dictar sentencia, pero admiten la irretroactividad de la norma, GONZALEZ ELEJABARRIETA B., “Despido declarado improcedente con posterioridad a la reforma: efectos”, AS, nº 23, 2012, (BIB 2012 1010), p 3.

18 Comentada por PONCE RODRIGUEZ S., “El desistimiento empresarial de un procedimiento de despido colectivo anterior a la reforma laboral y el fraude de ley”, AS, nº 60, 2012 (BIB 2012/3340).

o jurídicos diferenciados. De esta manera, el Tribunal infiere el ánimo fraudulento derivado de que el único objetivo del cambio de procedimiento fue acogerse a uno más ventajoso, sin que existieran otras razones.¹⁹ Argumentación que no puedo más que compartir.

Esta resolución ha sido criticada por parte de la Doctrina²⁰ en base a la libertad de desistimiento regulada por el art. 87 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. De esta manera, este autor se pregunta si impidiendo la libertad de desistimiento no se está dejando de aplicar una regulación amparada precisamente en la Disposición Transitoria y, por tanto, impidiendo que el empresario ejerza lo que en Derecho es lícito. A mi juicio, el criterio mantenido por la SAN de 25 de junio de 2012 no impide el desistimiento empresarial del ERE, por lo que este derecho del empresario no está afectado. Lo que se impide, calificándolo de fraudulento, es la reiniciación posterior, en base a las mismas causas y con los mismos objetivos, de un nuevo despido colectivo. En ningún momento se impide ni se califica el desistimiento del anterior ERE de ilícito. En fin, actuaciones, en principio legítimas, como sería desistir de un procedimiento, pero que tienen por objetivo beneficiarse de un régimen jurídico más favorable derivado de un cambio legislativo deben entenderse con carácter general como fraudulentas, salvo que se consiga acreditar razones distintas a la búsqueda de una mejor legislación que justifiquen tal decisión.²¹

Así pues, con esta conclusión general, se pretende afirmar la posibilidad de que esta solución aportada por la Sentencia de la Audiencia Nacional sea extrapolable a otros supuestos en los que se desiste de una actuación con objeto de beneficiarse de

una mejor regulación. Un ejemplo hipotético podría ser despedir a un trabajador para contratarlo con una nueva modalidad contractual más ventajosa, o retractarse de un despido para volverlo a despedir bajo una nueva regulación del despido más favorable. También entraría en este supuesto el desistir de un procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo para iniciar uno posteriormente con el único objeto de acogerse a una regulación mejor. Recuérdese que para observar el fraude en estas actuaciones será imprescindible comprobar que no existen otras razones justificativas de tal decisión a parte de beneficiarse de esa nueva regulación más favorable.

III. Efectos del fraude de ley en los despidos colectivos.

El fraude de ley en los despidos colectivos es calificado por la doctrina²² y por los Tribunales²³ como nulo. Pero para conocer la explicación de esta nulidad no nos sirve recurrir a la Ley que nada dice al respecto. En efecto, el art. 124 de la LRJS describe cuatro razones impugnatorias del despido colectivo;

- a) Que no concurra la causa
- b) Cuestiones relacionadas con en el periodo de consultas, o con el procedimiento
- c) Que la decisión extintiva se haya adoptado con fraude de ley, dolo, coacción o abuso de derecho
- d) Que la decisión extintiva se ha efectuado vulnerando derechos fundamentales y libertades públicas

Y, a su vez, este mismo artículo establece cuáles serán los efectos para el despido en caso de que la demanda se estime por cada uno de los motivos señalados excepto para el caso de fraude de ley, dolo, coacción o abuso de derecho. Es decir, para el

19 Es interesante comprobar que uno de los requisitos para entender el fraude de ley en la norma tributaria sea precisamente este, es decir, que no existan efectos jurídicos o económicos relevantes más allá del ahorro fiscal (Art. 15 LGT). Por tanto, el requisito es el mismo que sugiere esta Sentencia, que no haya otro motivo relevante aparte de evitar la aplicación de la norma.

20 SEMPERE NAVARRO A., "Nulidad y fraude en los nuevos despidos colectivos", Revista Aranzadi Doctrinal, nº 6, 2012, (En su versión digital BIB 2012/3002), p 2.

21 PONCE RODRIGUEZ S., "El desistimiento empresarial de un procedimiento de despido colectivo anterior a la reforma laboral y el fraude de ley", op cit., p 3.

22 Entre otros, MONEREO PÉREZ JL., "El régimen jurídico de los despidos colectivos después de la reforma de 2012", op cit, p 349, RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER M., "Flexibilidad interna y externa en el Real Decreto-Ley 3/2012" op cit., p 5.

23 SAN de 25 de junio de 2012 (rec. 94/2012), SAN de 25 de julio de 2012 (rec. 109/2012), STSJ de Cataluña de 23 de mayo de 2012 (núm proced. 10/2012).

supuesto a) la norma indica que el despido será no ajustado a derecho y para el b) y el d) establece la nulidad. De esta manera, el legislador no establece los efectos para el tercer supuesto. A pesar de ello, la Doctrina entiende que la solución es la nulidad, puesto que por la gravedad de este supuesto la sanción más adecuada es sin duda la “restitutio in natura” propia de los actos nulos.²⁴

A pesar de esta unanimidad en la Doctrina, falta por comprobar que el Tribunal Supremo comparta este criterio. En el pasado, este Tribunal, en contra de la opinión mayoritaria de la doctrina²⁵ desestimó la posibilidad de entender que el despido pueda ser nulo por fraude de ley, permitiéndolo solamente en los casos en los que expresamente la ley así lo indique. En sentencias del Tribunal Supremo (SSTS) de 2 de noviembre de 1993 y 19 de enero de 1994,²⁶ se estableció que la nulidad solo podía venir tasada por la Ley, y que como el art. 108 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL) -ahora mismo artículo de la LRJS-, no establecía la nulidad para el fraude de ley, este debía de ser calificado como improcedente. Así pues, ahora con el “olvido” del legislador de establecer los efectos sobre el despido en caso de fraude de ley, (apartado c) del art. 124 LRJS), parece que nada ha cambiado y que, por tanto, los efectos sobre el despido en caso de fraude de ley puede ser “no ajustado a derecho”.

Aunque, como se ha visto, hay posibilidades de que el Tribunal Supremo se decante por entender no ajustado a derecho un despido colectivo en fraude

de ley, a mi juicio, esta no sería la solución correcta. Primero, porque la sanción más adecuada para estos supuestos es sin duda la nulidad. Segundo, porque aunque el Tribunal Supremo siga entendiendo que la sanción para el fraude de ley es la improcedencia, cuando exista fraude de ley en un despido colectivo automáticamente habrá falta de buena fe, por lo que se estará incumpliendo directamente la obligación de negociar de buena fe del art. 51.2 del ET, infracción que si está expresamente calificada como de nulidad.²⁷

Cuestión diferente será si existe fraude de ley en la causa, es decir, si el empresario maliciosamente engaña en la causa alegada para acogerse a la regulación más favorable de los despidos colectivos, o si bien existiendo causa, falsea esta para que sea mayor de la que realmente es con objeto de superar un posible control de proporcionalidad judicial. En tal caso, en principio, de acuerdo con el art. 124.11 LRJS la solución debería ser la improcedencia, puesto que en caso de que no se haya acreditado la concurrencia de la causa legal indicada en la comunicación extintiva se declarará no ajustada a derecho.

Sin embargo, si el empresario ha maquinado, engañado, falseado etc., con objeto de probar unas cuentas o unos datos distintos a los reales, difícilmente se podrá hablar de buena fe en el proceso negociador.²⁸ Es decir, a pesar de que la mala fe no se puede presumir, si se puede inferir que si el empresario ha mentido en sus datos empresariales, este no estaba

24 BALLESTER PARTOR MA., “La desaparición del despido nulo por fraude de ley (Sentencias del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 1993 y de 19 de enero de 1994, en unificación de doctrina), Revista del Poder Judicial, nº 37, 1995, p 382. En el mismo sentido, GARCIA VIÑAS “El despido nulo por abuso de derecho y fraude de ley: análisis jurisprudencial (I), AL, nº 45, 1993, p 813. Por su parte algunos autores ya han avanzado el resurgimiento de la nulidad por fraude de ley, MONEREO PÉREZ JL., “El régimen jurídico de los despidos colectivos después de la reforma de 2012”, op cit., p 350, y GONZALEZ GONZALEZ C., “Control judicial del despido colectivo tras el Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero”, Revista Aranzadi Doctrinal, nº2, 2012 (BIB 2012/613) p. 7, nota 20.

25 CAMPS RUIZ., La nueva regulación del mercado de trabajo, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, p 246.

26 Posteriormente en el mismo sentido también STS de 30 de diciembre de 1997 (rec ud 1649/1997)

27 Esto es lo que ocurren en la SAN de 25 de julio de 2012 (rec. 109/2012), en esta Sentencia se declara nulo un despido colectivo por fraude de ley en el periodo de consultas. Consistiendo el fraude de ley en haber negociado la empresa con los trabajadores individuales durante el periodo de consultas con los representantes de los trabajadores. A mi entender, en este caso lo que ocurre es que existió mala fe por parte del empresario al mantener negociaciones paralelas lo que implica la nulidad del procedimiento por incumplimiento del art. 51.2 ET, aunque la Sentencia formalmente lo considere fraude de ley y declare la nulidad de los despidos en base a esta causa. Sentencia comentada por SORIANO CORTÉS D., “Despido colectivo nulo por fraude de ley en el periodo de consultas de un centro de trabajo”, AS, nº 70, 2013 (BIB 2013/7).

28 En el mismo sentido MONEREO PÉREZ JL., entiende que todo despido debe tener una causa real y seria, con independencia de que, llegado el caso, sea o no suficiente para despedir, en “El régimen jurídico de los despidos colectivos después de la reforma de 2012”, op cit., p 350.

negociando de buena fe.²⁹ Y, por tanto, una vez más se aplicaría la nulidad no tanto por el fraude de ley sino por el incumplimiento del art. 51.2 ET.

Por último, es importante señalar que es diferente no poder acreditar una situación concreta, que engañar. Por tanto, la mayoría de supuestos se situarán en la imposibilidad de acreditación por parte del empresario que conducirán a la improcedencia. Será necesaria una actividad probatoria (aunque sea de indicios) por parte de los trabajadores que lleven a entender al juez que ha habido engaño, falseamiento etc., en definitiva fraude de ley y falta de buena fe en el proceso negociador.

IV. Impugnación por parte de la autoridad laboral del acuerdo entre empresario y representantes de los trabajadores en un despido colectivo.

El art. 148 b) de la LRJS establece que la autoridad laboral podrá impugnar el acuerdo de extinción en un despido colectivo si este apreciara fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en la consecución de este. Con la legislación anterior, en caso de que la autoridad laboral apreciara algunos de estos defectos de fondo suspendía la resolución autorizante y, de esta manera, el empresario debía esperar a que la Jurisdicción Social resolviera sobre la nulidad del acuerdo antes de poder continuar con el proceso de despido. Pero en la actualidad, interpuesta la demanda por parte de la autoridad laboral nada impide al empresario que aplique el acuerdo y efectúe los despidos.³⁰

Así pues, un trabajador puede ser despedido en base a un acuerdo que posteriormente sea declarado nulo por la Jurisdicción Social. Esto irremediamente provoca el problema de la caducidad de la acción de despido, puesto que el art. 148 b) LRJS no establece que declarado nulo el acuerdo a instancia de la autoridad laboral, se abra nuevo plazo para impugnar, por parte

de los trabajadores, su propio despido, por lo que la acción de despido seguro estará caducada. Se debe tener en cuenta que esta vicisitud sí se contempla de manera expresa en caso de que se impugne el despido colectivo por parte de los representantes de los trabajadores. En este supuesto, el art. 124 LRJS, establece que “La presentación de la demanda por los representantes de los trabajadores o por el empresario suspenderá el plazo de caducidad de la acción individual del despido”.

De esta manera, por problemas de caducidad una Sentencia que declare nulo el acuerdo por fraude, dolo, coacción o abuso de derecho, no tendría ningún efecto sobre los despidos que no fueron impugnados en su momento. Como se ve, con esta interpretación, se hace inservible esta potestad de la autoridad laboral.

Así pues, a mi juicio, caben dos posibles soluciones para que este procedimiento de oficio no quede vacío de contenido por las normas procesales. La primera, será entender que la interposición de la demanda por parte de la autoridad laboral ante la jurisdicción social impide que el empresario continúe con el proceso de despido colectivo, eliminando de esta manera la posibilidad de que el empresario ejecute el acuerdo hasta que la Jurisdicción Social resuelva sobre su licitud (es decir, el procedimiento quedaría suspendido como ocurría con el antiguo ERE). Ahora bien, es posible que esta solución atente contra la celeridad en el procedimiento con la que el legislador ha querido impregnar toda la nueva regulación de los despidos colectivos por lo que esta no parece la mejor solución. Una segunda opción es que los Tribunales apliquen analógicamente la solución del art. 124 LRJS para el caso de impugnación por parte de la autoridad laboral del acuerdo. Es decir, entender que la interposición de la demanda por parte de la autoridad laboral suspende el plazo de caducidad de la acción individual de despido (igual que lo hace la interposición de demanda por parte

29 Así lo entiende la STSJ de Cataluña de 23 de mayo de 2012 (núm proced. 10/2012) que declara nulo un despido colectivo debido a que la empresa demandada, había escondido su auténtica dimensión empresarial, viciando con ello irremisiblemente todo el proceso de despido colectivo desde su momento inicial, ya que con ello tenía la clara intención de poder acreditar en un marco menor la concurrencia de la causa objetiva invocada

30 BLASCO PELLICER A., “La extinción del contrato de trabajo en el RDL 3/2012: aspectos sustantivos, procesales y de Seguridad Social” en AAVV., La reforma laboral en el Real Decreto-Ley 3/2012, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p 176.

de los representantes de los trabajadores) y, por tanto, los trabajadores, una vez comunicada la nulidad del acuerdo, puedan impugnar los despidos individuales. A mi entender, esta solución es la más acorde con los intereses en juego, puesto que permite la celeridad deseada por la ley, pero dejando a los trabajadores impugnar su despido si el Tribunal ha declarado nulo el acuerdo, en base al cual se les despidió.

V. Conclusiones

La desaparición de la autorización administrativa previa irremediamente va a aumentar la judicialización de los despidos colectivos. Este cambio por el que se pasa de un control ex-ante a un control ex-post va a significar un incremento de los despidos colectivos declarados nulos por los jueces en base a un fraude de ley en la causa, o en el procedimiento, ya que el fraude se puede manifestar en infinidad de formas. Con anterioridad, cualquier fraude existente en la causa o en el procedimientos, podía ser detectado por la autoridad laboral y esta denegar la autorización evitando de esta manera que los despidos fueran declarados nulos. Actualmente al no existir este control previo el empresario deberá decidir si realizar los despidos o no arriesgándose a una posterior declaración de nulidad por parte del Tribunal “a quo”.

El la figura del fraude de ley aun siendo tan antigua como el Código Civil sigue teniendo contornos difusos para nuestro Tribunal Supremo, como se ha visto en la presente comunicación sigue sin estar claro el máximo Tribunal exige probar el ánimo fraudulento o simplemente es suficiente con la constatación objetiva de haber rehuido de la norma a aplicar. A mi entender, en base a las afirmaciones realizadas por el propio Tribunal entiendo que este ánimo es necesario que exista, pero su prueba podrá simplemente venir derivada de los datos objetivos, es decir del dato objetivo de haber buscado conscientemente evitar la norma a aplicar.

También se ha estudiado en la presente comunicación cuales son los efectos del fraude de ley sobre los despidos colectivos. Para el caso de los despidos disciplinarios el Tribunal Supremo defiende desde 1994 que es la improcedencia. No obstante, ahora

tanto la Doctrina como la Doctrina judicial que ha recaído hasta ahora sobre fraude de ley en despidos colectivos han dictaminado que los efectos naturales son la nulidad. Pero pocos cambios normativos ha habido al respecto, por lo que queda por ver si el Tribunal Supremo decide mantener su criterio, puesto que la ley no ha variado respecto a los efectos del despido por fraude de ley, o si bien decide cambiar su criterio y entender que el fraude de ley en los despidos colectivos implica la nulidad de estos. A mi juicio este debe ser el criterio a seguir, puesto que no es posible entender que si ha existido fraude de ley haya habido buena fe en la negociación por parte del empresario, siendo la consecuencia establecida por la ley para este supuesto la nulidad. De esta manera, sea porque se entiende que el efecto directo del fraude de ley es la nulidad o bien sea porque derivado del fraude de ley existe mala fe por parte del empresario, en ambos casos la solución a la que se llega es la nulidad de los despidos.

Por último, otra de las consecuencias de la desaparición de los EREs en relación con el fraude es el fraude en el acuerdo. Con anterioridad, la impugnación por parte de la autoridad laboral del acuerdo entre los representantes de los trabajadores y el empresario suspendía el proceso de concesión de la autorización administrativa, pero en la actualidad esta impugnación no impide que el empresario ejecute el acuerdo y proceda con los despidos. Así pues, es necesario entender que para que la posible declaración de nulidad del acuerdo no quede vacía de contenido por la caducidad de la acción de despido, es necesario entender que esta impugnación por parte de la autoridad laboral del acuerdo suspende los plazos individuales de impugnación del despido. De esta manera, declarado nulo el acuerdo y notificado a los trabajadores afectados estos puedan impugnar su propio despido.

En fin, en la actualidad tras la reforma de los despidos colectivos aumenta la importancia del asesoramiento jurídico, puesto que la desaparición de control administrativo previo hace que el empresario se lo juegue todo a una carta ante los Tribunales siendo la nulidad de todo el procedimiento la consecuencia a la que se arriesga este en caso de no realizar correctamente el procedimiento o en caso de realizar

acciones que puedan entenderse fraudulentas por parte del Tribunal. Se ha considerado que tras la reforma de 2012 los planteamientos de los despidos colectivos iban a ser meramente económicos y que la unilateralidad concedida al empresario iba a amparar todo tipo de actuaciones. Pues bien, se comprueba que las reglas del Derecho nunca van a permitir un

uso antisocial ni fraudulento de este, por lo que a falta de normas positivas (desregulación) se deberá acudir a reglas más abstractas (con la inseguridad jurídica que ello provoca) que siguen vigentes en nuestro ordenamiento jurídico, como son las del fraude de ley, para proteger los intereses de la parte contractual más débil.

