



Roj: **STSJ CAT 12358/2011 - ECLI: ES:TSJCAT:2011:12358**

Id Cendoj: **08019340012011107336**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **16/12/2011**

Nº de Recurso: **2492/2011**

Nº de Resolución: **8130/2011**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **CARLOS HUGO PRECIADO DOMENECH**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA

CATALUNYA

**SALA SOCIAL**

**NIG : 43148 - 44 - 4 - 2010 - 8015979**

AM

ILMO. SR. JACOBO QUINTANS GARCIA

ILMO. SRA M<sup>a</sup> MAR SERNA CALVO

ILMO. SR. CARLOS HUGO PRECIADO DOMENECH

En Barcelona a 16 de diciembre de 2011

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, compuesta por los Ilmos. Sres. citados al margen,

**EN NOMBRE DEL REY**

ha dictado la siguiente

**S E N T E N C I A núm. 8130/2011**

En el recurso de suplicación interpuesto por Leoncio frente a la Sentencia del Juzgado Social 1 Tarragona de fecha 30-12-2010 dictada en el procedimiento nº 588/2010 y siendo recurrido Thyssenkrupp Xervon, S.A. Ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. CARLOS HUGO PRECIADO DOMENECH.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Con fecha 3-9-2010 tuvo entrada en el citado Juzgado de lo Social demanda sobre Despido en general, en la que el actor alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, terminaba suplicando se dictara sentencia en los términos de la misma. Admitida la demanda a trámite y celebrado el juicio se dictó sentencia con fecha 30-12-2011 que contenía el siguiente Fallo:

" Que DESESTIMANDO la demanda interpuesta por D. Leoncio , con D. N. I. nº NUM000 , contra THYSSENKRUPP XERVON, S. A., sobre despido, debo absolver y absuelvo a la demandada de los pedimentos de la parte actora, confirmando el despido objetivo notificado el 20-7-2010. "

**SEGUNDO.-** En dicha sentencia, como hechos probados, se declaran los siguientes:

**PRIMERO.-** El actor D. Leoncio , inició prestación de servicios por cuenta de la demandada THYSSENKRUPP XERVON, SA, dedicada a la actividad de montaje de andamios y estructuras metálicas, el 21-10-1997, con la categoría de Oficial de 1ª, y percibiendo una retribución mensual de 2.615,10 euros, con inclusión de prorrata de pagas extras.



(Hecho no controvertido)

SEGUNDO.- El pasado día 20-7-2010, la empresa demandada comunicó al actor carta de despido objetivo, con efectos desde esa misma fecha, alegando causas de carácter económico, productivo y organizativo, reseñando en la misma pérdidas acumuladas desde el año 2007, así como también disminución de la facturación de más de un 50% en el ejercicio 2005/2006 al 2009/2010. En la citada carta se puso a disposición del actor la indemnización de 20 días por año de servicios, que ascendió a la cantidad de 22.242,64 euros, más la cuantía de 1.307,48 euros, por el concepto de falta de preaviso.

El demandante percibió dicha indemnización, habiéndose notificado el finiquito a los representantes de los trabajadores.

Carta de despido que obra en autos y que se tiene por reproducida a los efectos de su integración al presente relato fáctico.

(docum. nº 1 de la parte demandada)

TERCERO.- La empresa demandada tiene su sede central se encuentra en Tarragona, aunque también tiene presencia en otras áreas geográficas del territorio nacional como son: Castellón, Sagunto, Cartagena, Martorell, Santander y Sevilla. La central administrativa y de dirección se encuentra en Tarragona.

(Pericial Sr. Sixto )

CUARTO.- En fecha 19-7-2010, la empresa demandada tiene entre todos los centros de trabajo un total de 349 trabajadores.

Desde el 20-1-2010 al 20-4-2010, la empresa procedió a despedir por causas objetivas a 1 trabajador; por despido improcedente 1 trabajador; y extinciones por ceses voluntarios, por no superar el periodo de prueba, jubilación, finalización del contrato y despido disciplinario a 20 trabajadores.

Desde el 21-4-2010 al 20-7-2010, la empresa demandada procedió a despedir por causas objetivas a 13 trabajadores; por despido improcedente 2 trabajadores; y extinciones por ceses voluntarios, por no superar el periodo de prueba, jubilación, finalización del contrato y despido disciplinario a 27 trabajadores.

(Certificación de Tesorería sobre el informe laboral de la empresa demandada obrante en autos. Documentos 14 a 18 de la demandada)

QUINTO.- En fecha 4-01-2009 se plantea un Expediente de Regulación de Empleo (ERO TA-57/2009) una vez negociado en el correspondiente periodo de consultas con los representantes legales de los trabajadores y las fuerzas sindicales se acuerda entre el Comité de empresa y la empresa el 9-6-2009. El 12 de julio de 2009 la Generalitat de Catalunya (Departament de Treball, Serveis Territorials de Tarragona), resuelve mediante autorización favorable, consistente en la extinción de 29 contratos de trabajo y la suspensión temporal de 104 trabajadores por un periodo máximo de 120 días, todo ello para el periodo 12-6-2009 y 12-6-2010. Como consecuencia de tal autorización, se procede a la extinción de los 29 contratos de trabajo en fecha 19-6-2009. Por otra parte también se aplica la suspensión temporal a los trabajadores afectados y en concreto a los correspondientes a la sección de obra civil.

(docum. nº 8 a 13 de la demandada)

SEXTO.- La evolución de las ventas de la demandada según Cuentas Anuales es el siguiente:

Ejercicio Ventas totales

2005/2006 25.153.632,25 €

2006/2007 21.759.849,95 €

2007/2008 19.456.061,77 €

2008/2009 17.165.036,44 €

2009/2010 (oct.-junio) 11.024.296,71 €

-Evolución de las ventas según las declaraciones del IVA:

Año 2007 21.272.073,75 €

Año 2008 19.292.304,24 €

Año 2009 16.977.314,53 €

Año 2010 (enero-mayo) 5.808.675,03 €



Los incrementos porcentuales de costes salariales sobre ventas incrementaron entre el periodo 2005-2006 hasta el periodo 2009- 2010 (fecha 30-6-2010) en un 9,05%, un 8,01%, un 11,07% y un 6%. En las ventas se produce una disminución, durante el mismo periodo, de un 13,49%, un 10,59%, un 11,78%, y un 35,77%, ello determina que la partida de personal, principal partida de influencia sobre la cuenta de pérdidas y ganancias, crece de forma inversamente proporcional a la evolución de las ventas.

Si se hubiese mantenido el mismo margen (Gasto de personal/Ventas) del ejercicio 2005/2006, que era del 62,19%, la partida de personal, con las ventas del periodo 2008/2009, último año completo, hubiese ascendido a 10.642.322 euros, con lo que los gastos de personal hubiesen disminuido en 3.155.592 euros y en consecuencia el resultado antes de impuestos hubiera pasado de 1.753.968 euros negativo a 1.401.624 euros positivos.

(pericial del Economista Don. Sixto . Documento 19 a 21 de la demandada)

SÉPTIMO.- Respecto de las pérdidas de la demandada, en el año 2007/2008 los gastos de la demandada están 57,47% porcentualmente por encima de la media. Si le empresa hubiera mantenido el mismo porcentaje de gastos de personal sobre las ventas que la media del sector su coste salarial hubiese sido de 8.939.767,02 euros contra los 14.079.383,68 euros que ha incurrido la compañía. Esto hubiera representado un impacto positivo en la cuenta de pérdidas y ganancias de 5.139.618,66 euros.

En el año 2008/2009 los gastos de la sociedad están 22,78% porcentualmente por encima de la media. Si le empresa hubiera mantenido el mismo porcentaje de gastos de personal sobre las ventas que la media del sector su coste salarial hubiese sido de 11.237.466,51 euros contra los 13.797.915,45 euros que ha incurrido la compañía. Esto hubiera representado un impacto positivo en la cuenta de pérdidas y ganancias de 2.560.448,94 euros.

La evolución de los resultados ha comportado que en las últimas cuentas anuales del ejercicio 2008/2009, los fondos propios presenten una situación negativa de 567.851,46 euros, pasando de unos fondos propios positivos en el ejercicio 2005/2006 de 3.521.290,73 euros a unos fondos propios negativos de 567.851,46 euros.

Si la empresa demandada no realiza rectificaciones de la masa salarial y de los costes fijos, los resultados para el ejercicio 2009/2010 serán con las ventas previstas, aproximadamente de 2,5 millones de euros y para el ejercicio 2010/2011 se mantendrían entorno a esta cifra. Por lo que los fondos propios de la compañía pasarían a ser negativos en 5.567.851,46 euros, es decir una situación de quiebra y disolución de la sociedad.

(pericial del Economista Don. Sixto . Documento 19 a 21 de la demandada)

OCTAVO.- La parte actora no ostenta ni ha ostentado en el último año cargo representativo o sindical.

NOVENO.- El día 2-9-2010 se intentó la conciliación ante el organismo público competente que tuvo lugar sin avenencia, según papeleta presentada el día 13-8-2010.

**TERCERO.-** Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte demandante , que formalizó dentro de plazo, y que la parte contraria, a la que se dió traslado lo impugnó , elevando los autos a este Tribunal dando lugar al presente rollo.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** -La parte actora, D. Leoncio , interpone recurso de suplicación frente a la sentencia nº 412/2010 dictada el 30 de diciembre de 2010 por el Juzgado de lo Social nº 1 de Tarragona, en los autos seguidos por despido nº 588/2010, solicitando que se declare la nulidad del despido, y subsidiariamente la improcedencia.

La sentencia recurrida desestima la demanda interpuesta por el actor frente a THYSSENKRUPP XERVON S.A sobre despido.

En la demanda se solicita que se tenga por interpuesta demanda por despido improcedente y subsidiariamente nulo, con condena a la demandada a las consecuencias legales de tal declaración.

El recurso ha sido impugnado la representación procesal de la parte demandada.

**SEGUNDO .-** El recurrente, al amparo del art.191b) LPL , solicita la revisión de los hechos declarados probados a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas. En concreto, interesa la **revisión de los hechos probados segundo y cuarto.**



La impugnante se opone a tales modificaciones por entender que son intrascendentes para el fallo introduciéndose hechos nuevos no discutidos en el pleito.

Para que prospere la revisión del hecho probado deben concurrir los siguientes requisitos:

- No se pueden plantear válidamente en el recurso cuestiones que no se hayan planteado en la instancia, de forma que tales cuestiones nuevas deben rechazarse en el recurso, en virtud del principio dispositivo ( STS 4 octubre 2007 ).

-Fijar qué hecho o hechos han de adicionarse, rectificarse o suprimirse, sin que en ningún caso bajo esta delimitación conceptual fáctica puedan incluirse normas de derecho o su exégesis.

-Citar concretamente la prueba documental o pericial que, por sí sola, demuestre la equivocación del juzgador, de una manera manifiesta, evidente y clara. El error de hecho ha de ser evidente y fluir, derivarse y patentizarse por prueba pericial o documental eficaz y eficiente, sin necesidad de acudir a deducciones más o menos lógicas o razonables, pues dado el carácter extraordinario del recurso de suplicación y de que no se trata de una segunda instancia, no cabe llevar a cabo un análisis de la prueba practicada con una nueva valoración de la totalidad de los elementos probatorios ( Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 1999 ), pues ello supondría, en definitiva, sustituir el criterio objetivo del Juzgador de instancia -.

-Precisar los términos en que deben quedar redactados los hechos probados y su influencia en la variación del signo del pronunciamiento.

-Necesidad de que la modificación del hecho probado haga variar el pronunciamiento de la sentencia, pues, en otro caso devendría inútil la variación. Valgan por todas las Sentencias de esta Sala números 7.421/93 de 29 de diciembre ; 4.193/94, de 13 de julio y 964/95, de 11 de febrero .

**En primer lugar debemos resolver si en el recurso se plantea cuestión nueva o no**, puesto que de ser así procedería su desestimación, sin necesidad de comprobar la concurrencia de los demás requisitos apuntados.

De conformidad con la doctrina de esta Sala ( STSJ Catalunya núm. 5610/2010 de 7 septiembre AS 2010\2255) y con la jurisprudencia que se menciona en la Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Social , Sección 1), de 4 octubre 2007 ( RJ 2008, 608) Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 5405/2005 ....*La muy consolidada doctrina jurisprudencial que sienta el criterio de que en todo recurso no pueden plantearse válidamente cuestiones que no se hayan planteado en la instancia, de forma que tales cuestiones nuevas tienen que ser necesariamente rechazadas en ese recurso, tiene su base, fundamento y justificación en el principio dispositivo o de justicia rogada que rige el proceso judicial español. Se recuerda que el epígrafe VI de la LECiv ( RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) precisa que "la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil sigue inspirándose en el principio de justicia rogada o principio dispositivo, del que se extraen todas sus razonables consecuencias con la vista puesta,... en que, como regla, los procesos civiles persiguen la tutela de derechos e intereses legítimos de determinados sujetos jurídicos, a los que corresponde la iniciativa procesal y la configuración del objeto del proceso"; y el art. 216 de este mismo cuerpo legal , que se intitula "principio de justicia rogada", dispone que "los Tribunales civiles decidirán los asuntos en virtud de las aportaciones de hechos, pruebas y pretensiones de las partes, excepto cuando la Ley disponga otra cosa en casos especiales".*

*Así pues, la doctrina jurisprudencial que establece el decaimiento de las "cuestiones nuevas" planteadas en los recursos, se basa en el principio procesal que se acaba de mencionar y es consecuencia del mismo, pues si, en virtud de tal principio, el Juez y Tribunal sólo puede conocer de las pretensiones y cuestiones que las partes hayan planteado en el proceso, esta regla se ha de aplicar desde los momentos iniciales del mismo, en los que tales pretensiones y cuestiones han de quedar ya configuradas y delimitadas, sin posibilidad de modificarlas sustancialmente ni de añadir ninguna otra cuestión distinta. Por tanto, fuera de esos momentos iniciales en donde ha de quedar delimitado el objeto del proceso, tanto en la que atañe a la pretensión del demandante, como a la "contraprestación" o "resistencia" del demandado, no es posible suscitar nuevos problemas o cuestiones; lo que pone en evidencia que estas nuevas cuestiones no se pueden alegar válidamente por vez primera en vía de recurso.*

A la vista de lo dicho, **no se aprecia la existencia de cuestión nueva**. Del examen de la demanda (Tomo I: f. 7-10) constatamos que se pide la nulidad del despido por dos razones:

-falta de participación de los representantes de los trabajadores en relación con el despido objetivo, conforme al art.53.1c) RDL 1/95 (cuestión que no se discute en el recurso de suplicación).

-despido colectivo encubierto ( art.51.1 RDL 1/95 y 124 RDL 2/95 ).

Esta última cuestión se discute en el pleito y en suplicación. Como es lógico, la demandante en su escrito de demanda parte de la información que refleja la carta de despido (f.875-877), en que constan un total de



127 trabajadores en la empresa. Sin embargo, en el segundo otrosí del escrito de demanda solicita como documentación las cartas de resolución de contrato de los trabajadores que han causado baja en el último año, pues afirma que en los días posteriores al despido se han realizado más despidos objetivos por las mismas causas (f.9).

En el acto de la vista, de la prueba practicada resulta que la empresa no cuenta con 127, sino con 349 trabajadores (hecho probado cuarto, cuya modificación no se pide en este extremo), así como que el número de extinciones difiere del apuntado en la carta de despido, por lo que **no nos hallamos ante una cuestión nueva en suplicación sino ante un hecho de nueva noticia del que el demandante no pudo cabalmente tener conocimiento preciso al momento de redactar la demanda** y que, sin embargo, apuntó en la misma de modo aproximativo, precisándolo en el acto de la vista a la luz de la documental que obraba en poder de la parte contraria, quedando reflejados en sede de hechos probados de la sentencia, que la ahora impugnante no ataca por este motivo.

En conclusión, **hay que distinguir hecho nuevo o de nueva noticia** ( art.286 LEC ), cuya alegación precluye con el inicio del plazo para dictar sentencia, que es objeto de contradicción y que puede introducirse en del debate procesal por la vía del art.85 LPL , debiéndose resolver en sentencia sobre su prueba, si es contradicho de contrario y que puede discutirse en suplicación, por los cauces del art.191b) LPL ; **de la cuestión nueva, que es una cuestión fáctica o relativa a la causa paetendi no discutida en la instancia e introducida por primera vez y de forma sorpresiva en el recurso.**

**En el caso de autos, a la vista de lo dicho, no se aprecia cuestión nueva alguna**, pues ni varía la fundamentación jurídica de la pretensión (nulidad por fraude) ni varían de forma sustancial los hechos en que se funda dicha pretensión, pues la actora alegó unos hechos en función de los datos que la propia demandada le suministró extraprocesalmente (carta de despido) y pidió de forma diligente que la demandada aportara los documentos relativos al número de despidos, siendo que se alegaba fraude de ley por superar los umbrales del art.51.1 ET en períodos sucesivos de 90 días, incluido el período posterior al despido del actor; completándose dichos datos en el acto de la vista por la aportación documental efectuada por la demandada, y pudiéndose cabalmente defender la demandada con plena contradicción de la alegación de fraude de ley, sin que en el recurso se ventile, por tanto, cuestión nueva alguna.

Despejado este primer óbice **procede ahora entrar en el fondo del motivo de revisión fáctica.**

En relación a la **modificación del hecho probado segundo** , se solicita únicamente la modificación de la fecha de despido que consta en la sentencia como 20/07/2010 , entendiendo la recurrente que es la de 22/07/2010 , proponiéndose redacción alternativa y basándose en el folio 85 a 94. **Procede acceder a la petición revisora**, pues así consta en los documentos obrantes en el folio 85, y 869, siendo la revisión trascendente a fin del cómputo de umbrales en períodos de 90 días.

En consecuencia, la **redacción del hecho probado segundo queda como sigue:**

*" El pasado 22-07-2010 , la empresa demandada comunicó al actor carta de despido objetivo, con efectos desde esa misma fecha, alegando causas de carácter económico, productivo y organizativo, reseñando en la misma pérdidas acumuladas desde el año 2007 , así como también disminución de la facturación de más de un 50% en el ejercicio 2005/2006 al 2009/2010. En la citada carta se puso a disposición el actor la indemnización de 20 días por año de servicios, que ascendió a la cantidad de 22.242,64 euros, más la cuantía de 1.307,48 euros, por el concepto de falta de preaviso. El demandante percibió dicha indemnización, habiéndose notificado el finiquito a los representantes de los trabajadores . Carta de despido que obra en autos y que se tiene por reproducida a los efectos de su integración en el presente relato fáctico. (docum. nº1 de la parte demandada).*

En relación a la **revisión del hecho probado cuarto** , se solicita la modificación del mismo proponiendo redacción alternativa y citando los folios en los que constan los despidos cuyo cómputo se aduce que se ha omitido por la resolución recurrida. La revisión es trascendente -al contrario de lo que afirma la impugnante- puesto que mientras la sentencia recurrida contempla que la empresa tiene 349 trabajadores y en dos períodos sucesivos de 90 días se producen un total de 2 y 15 extinciones computables respectivamente; de prosperar la revisión propuesta, contaría que la empresa tiene 349 trabajadores y en tres períodos sucesivos de 90 días se producen un total de 4, 26, y 3 extinciones computables, lo cual podría alterar el sentido del fallo.

El motivo debe prosperar, puesto que de los documentos que aporta la propia demandada y que constan relacionados en el escrito de recurso, se constata la existencia de las extinciones que propone la recurrente.

En consecuencia, **el hecho probado cuarto debe quedar redactado como sigue**, resaltándose las modificaciones que se introducen:





Cuarto.- En fecha 19-07-2010, la empresa demandada tiene entre todos los centros de trabajo un total de 349 trabajadores.

**Desde el 22-01-2010 al 22-04-2010**, la empresa procedió a despedir por causas objetivas a 1 trabajador; por despido improcedente a 3 trabajadores (26-01-2010-1 trabajador-, 28-02-2010-1 trabajador y 15-04-2010-1 trabajador); y extinciones por ceses voluntarios, por no superar el período de prueba, jubilación, finalización del contrato y despido disciplinario a 20 trabajadores.

**Desde el 23-04-2010 al 22-07-2010**, la empresa demandada procedió a despedir por causas objetivas a 24 trabajadores; por despido improcedente 2 trabajadores (25-05-2010 y 09-07-2010); y extinciones por ceses voluntarios, por no superar el período de prueba, jubilación, finalización del contrato y despido disciplinario a 28 trabajadores.

**Desde el 23-07-2010 al 22-10-2010**, la empresa demandada procedió a despedir por causas objetivas a 3 trabajadores"

(Certificación de la Tesorería sobre el informe laboral de la empresa demandada obrante en autos. Documentos 14 a 18 de la **demanda, en particular documento 17, f. 761 a 763, en contraste con:**

- período 22-01-2010 al 22-04-2010: folios 989,956,1079.

- período 23-04-2010 al 22-07-2010: folios 107, 771-1090

- período 23-07-2010 al 22-10-2010: folios 793,846,991"

**TERCERO.** -El recurrente, al amparo del apartado c) del artículo 191 de la ley de procedimiento laboral, solicita el examen de las infracciones de normas sustantivas o de la jurisprudencia. En concreto **denuncia la infracción del art.51.1c) del ET del art.6.4 CC.**

Resumidamente, el recurrente entiende que se infringen tales preceptos por cuanto en períodos sucesivos de 90 días desde la fecha del despido del trabajador (22-07-2010) se han superado los umbrales previstos en el art.51.1 ET, al producirse las siguientes extinciones computables en una empresa con trescientos o más trabajadores (349):

-Desde el 22-01-2010 al 22-04-2010 : 4

-Desde el 23-04-2010 al 22-07-2010: 26

-Desde el 23-07-2010 al 22-10-2010: 3

La impugnante afirma, en síntesis, que sólo debe computarse el período de 90 días comprendido del 21 de abril de 2010 al 20 de julio de 2010, en que se efectuaron 15 extinciones computables: 13 despidos objetivos y 2 disciplinarios, por lo que al no alcanzar dichos despidos en número de cinco tampoco serían relevantes. Además, afirma que existen despidos con causas nuevas distintas a los otros despidos objetivos computados, con cita del bloque documental 18. Para terminar afirma que en el período 20 de enero de 2010 a 20 de abril de 2010 las extinciones computables no ascienden a 5 por lo que no serían computables.

Una vez fijado el objeto de gravamen, partiendo de los hechos probados en el sentido en que han quedado modificados ya podemos avanzar que el recurso debe prosperar.

Los preceptos que resultan de aplicación al caso (empresa con 349 trabajadores) son los que siguen:

ART. 51.1 RDL 1/95 : "**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: (...) c) Treinta trabajadores en las empresas que ocupen trescientos o más trabajadores.**"

ART. 51.1 párrafo quinto: "*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 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.49.1c), ET, siempre que su número sea, al menos, de cinco*"

ART. 51.1 último párrafo RDL 1/95 .

**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 artículo 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.

**ART 122.2 LPL La decisión extintiva será nula cuando:**

b) *Se haya efectuado en fraude de Ley eludiendo las normas establecidas por los despidos colectivos, en los casos a que se refiere el último párrafo del artículo 51.1 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores .*

Dichas normas son trasposición de la Directiva 75/129/CEE del Consejo y su modificación por Directiva 92/56/CEE del Consejo, ambas derogadas por la actualmente vigente Directiva 98/59/CE del Consejo de 20 de julio de 1998, y fueron introducidas en nuestro ordenamiento (el art. 51.1 y los umbrales) por la Ley 11/1994, de 19 de mayo .

La directiva en cuestión ha sido interpretada por el TJUE en diversas resoluciones, como: STJUE 12 octubre 2004 Caso Comisión de las Comunidades Europeas contra Portugal . ... TJCE 2004\376; STJUE 24 octubre 2005: Caso Confédération générale du travail (CGT) . TJCE 2007\14; STJUE 8 junio 1994 Caso Comisión de las Comunidades Europeas contra UK TJCE 1994\97; STJUE 10 septiembre 2009 Caso Akavan Eritysisaloj en Keskusliitto AED ry y otros. TJCE 2009\263, etc.

De todas ellas podemos concluir que:

- El concepto despido colectivo es un concepto de derecho comunitario  
- Los umbrales previstos en el artículo 1.1 de la Directiva son disposiciones mínimas que los Estados miembros sólo pueden mejorar.

-La directiva tiene dos finalidades:

1) Garantizar una protección comparable de los derechos de los trabajadores en los diferentes Estados miembros en los casos de despidos colectivos y equiparar las cargas que estas normas de protección suponen para las empresas de la Comunidad (véase, por analogía, la sentencia de 8 de junio de 1994 [ TJCE 1994, 97] , Comisión/Reino Unido, C-383/92 , Rec. p. I-2479, apartado 16).

2) Establecer una protección mínima en materia de información y consulta de los trabajadores en caso de despidos colectivos, teniendo en cuenta que se trata de un derecho fundamental recogido en el art.27 de la CDFUE, y que por tanto, conforme al art. 52 de la CDFUE, cualquier limitación del ejercicio de tales derechos deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Sólo se podrán introducir limitaciones, respetando el principio de proporcionalidad, cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos.

- El período de referencia de 90 días en tanto que integra el umbral y, por tanto, el concepto de despido colectivo, es un concepto de derecho comunitario que no puede interpretarse restrictivamente de acuerdo con la finalidad de facilitar la participación y consulta de los representantes de los trabajadores, y garantizar la aproximación normativa.

Dicho ello, lo cierto es que nuestro derecho interno mejora las disposiciones de la citada directiva en cuanto a umbrales, pues de las dos opciones que apunta su artículo 1 de la Directiva el art.51.1 adopta los umbrales numéricos de trabajadores de la primera opción y el ámbito temporal de la segunda opción.

Pues bien, sentadas tales premisas, que forzosamente han de condicionar la técnica hermenéutica, **la cuestión que se plantea en el caso de autos consiste en determinar si el último párrafo del artículo 51 del RDL 1/95 debe interpretarse en el sentido de que los períodos sucesivos de 90 días han de computarse hacia adelante y hacia atrás del despido en cuestión o sólo hacia atrás.**

Lo cierto es que **la doctrina no es pacífica** y encontramos **sentencias en que el cómputo es unidireccional, hacia atrás** : STSJ Madrid núm. 11/2001 de 26 diciembre AS 2001\728, STSJ Galicia 21 noviembre 1996 ; AS 3976; y en otras es bidireccional: STSJ Madrid núm. 692/2008 de 16 septiembre AS 2009\61 STSJ Cantabria 24 marzo 1997 ; AS 1997, STSJ Málaga 21 de mayo 1997 ; AS 1918, etc.

Lo propio ha ocurrido con **el criterio de esta Sala que se acoge al cómputo bidireccional** en: STSJ Catalunya, núm. 4406/2011 de 21 junio AS 2011\1881, STSJ Catalunya núm. 2060/1996 de 29 marzo AS 1996\650; STSJ Catalunya núm. 7013/1996 de 30 octubre AS 1996\4816; STSJ Catalunya de 1995, nº 4390/95 ; AS 1995\3118 ; STSJ Catalunya a núm. 8364/2009 de 17 noviembre AS 2009\3100; STSJ Catalunya núm. 9145/2008 de 5 diciembre JUR 2009\131859; mientras que hemos optado por le **cómputo sólo hacia atrás** en: STSJ Catalunya núm. 6303/2010 de 4 octubre AS 2010\2350, STSJ Catalunya núm. 4310/2011 de 16 junio JUR 2011\290129 y que también se expresa en el voto particular de la presente resolución.

Es de remarcar que dada dichas contradicciones se celebró Pleno no jurisdiccional de la Sala Social de este TSJ los días 16 de noviembre y 23 de noviembre de 2011, adoptándose como criterios respecto del cómputo



de los 90 días el art.51.1 ET que : los 90 días se computan desde el despido objeto de enjuiciamiento tanto hacia atrás como hacia adelante, si se tiene noticias de nuevos despidos y respetando siempre la caducidad.

Para terminar, (s.e.u.o) el TS sólo se ha pronunciado obiter dicta en un recurso de revisión ( STS 23/12/03 RJ 2004\347) sin valor unificador de doctrina, respecto del período de referencia de 90 días, pero no respecto del cómputo de los 90 días sucesivos en caso de fraude, pues en tal caso no había períodos sucesivos sino que existían dos períodos de 90 días sin despidos. En efecto, se trata de un supuesto en que se sustanció un despido producido el 15 de enero de 2002, la empresa, que ocupaba 167 trabajadores -cifra no aumentada con posterioridad- despidió por causas objetivas basadas en premisas de tipo económico o de producción a 19 trabajadores en el mes de junio 2002 y a 26 trabajadores por los mismos motivos en octubre, noviembre y diciembre de 2002.. El TS resuelve que a un despido producido el 15 de enero de 2002 no se le puede considerar incluido en el período de referencia de otros 19 despidos ocurridos en el mes de junio de 2002, computando el período de referencia de los 19 despidos 3 meses antes: abril de 2002.

Como vemos, tal criterio no se puede extrapolar al caso de autos porque no hay períodos sucesivos de 90 días, sino interrupciones de más de 90 días entre febrero y junio de 2002 y entre junio y octubre.

Para solucionar las discrepancias interpretativas que acabamos de exponer *hay que distinguir entre el despido nulo por superar los umbrales del art.51.1 primer párrafo y art. 124 LPL : 90 días y el despido fraudulento por goteo del art.51.1.1 último párrafo y art.122.2 LPL , que se da en períodos sucesivos de 90 días*. En el primero la nulidad es automática por superación de los umbrales y no por fraude. En el segundo se exige la existencia de una finalidad fraudulenta, que se presume iuris tantum por el "goteo" de despidos en períodos sucesivos de 90 días sin que se den nuevas causas que lo justifiquen y que, en su caso, habrá de acreditar el empresario (vid. STSJ Catalunya núm. 2060/1996 de 29 marzo AS 1996\650).

Hecha tal distinción, **los criterios hermenéuticos para interpretar el cómputo unidireccional o bidireccional de los períodos sucesivos de 90 días desde el despido en cuestión son los que siguen:**

*El criterio literal:*

-Indica que el cómputo es en períodos sucesivos de 90 días, sin distinguir si hacia detrás o hacia adelante, por lo que ceñir el cómputo hacia atrás es un criterio restrictivo que no se deriva del tenor literal de la norma -Ubilex non distinguit, nec nos distinguere debemus- y que ni se justifica por la unificación de la normativa comunitaria en materia de despido, ni se justifica por la finalidad tuitiva del derecho de participación y consulta de los representantes de los trabajadores, que se vería mermada si se permite el cómputo hacia atrás y después del despido del trabajador y antes del acto de la vista se producen nuevas extinciones computables que en períodos sucesivos de 90 días superen los umbrales del primer párrafo del art.51.1 ET .

*Criterio teleológico:*

- La normativa comunitaria exige una interpretación acorde con la finalidad armonizadora y de facilitar la consulta y participación de los representantes de los trabajadores, que es un derecho fundamental reconocido por el art.27 de la CDFUE,y que en nuestro derecho interno se integra en la Libertad Sindical (derecho a la actividad sindical del art.2.1d) LOLS , en su faceta de recibir información y difundirla: STC 37/83 , 40/85 , etc), todo lo cual supone que la interpretación del cómputo hacia atrás sea una interpretación restrictiva e injustificada en función de los fines propios de la directiva. El legislador español pretende perseguir las actuaciones fraudulentas consistentes en gotear despidos para sortear la consulta y participación de los representantes de los trabajadores y la autorización administrativa, y dicha finalidad se colma mejor con el cómputo bidireccional, sin que el despido del trabajador en cuestión suponga la "interrupción" de la sucesividad de los períodos de 90 días, pudiendo el trabajador aducir despidos que en el momento del suyo desconozca y que hasta el momento del juicio puedan producirse, pues si aduce la nulidad por existir fraude ( art.51.1 último párrafo), nada impide que hechos nuevos o de nueva noticia accedan al acto de la vista ( art.286 LEC y art.85 y 88 LPL )

*Criterio Lógico:*

No es acorde a la lógica y, por tanto, arbitrario ( art.14 CE ) que ciertos trabajadores puedan valerse de decisiones anteriores a efectos de calificar el despido como colectivo y que los trabajadores anteriores a estos, incluidos todos en períodos sucesivos de 90 días, no puedan valerse de las extinciones posteriores, cuando la ley no distingue ni limita los períodos sucesivos de 90 días como anteriores a la extinción objeto de enjuiciamiento.

La interpretación restrictiva favorece de forma arbitraria a los despidos que se producen al final de los períodos sucesivos de 90 días y perjudica a los que se producen al principio, sin que exista una razón objetiva y fundada que justifique dicha diferencia de trato.



*Criterio sistemático :*

Si el párrafo primero del art.51.1 ET limita el período en que han de superarse los umbrales a 90 días y el último párrafo del art.51 quiere evitar el fraude consistente en gotear despidos en períodos sucesivos de 90 días, la sistemática nos obliga a que los períodos sucesivos de 90 días no terminen en el despido del trabajador, pues ello sería contrario a la continuidad del cómputo que el carácter sucesivo de las unidades de 90 días impone para evitar el fraude.

En conclusión, todos los parámetros hermenéuticos apuntan de forma unívoca hacia el criterio interpretativo consistente en que **si el número de extinciones supera el umbral numérico del art.51.1 ET , contando las que se produzcan en períodos sucesivos de 90 días computados hacia atrás y hacia delante del despido objeto de enjuiciamiento,el despido se considera en fraude conforme al último párrafo del art.51.1 ET , siempre que no concurren nuevas causas que justifiquen tal actuación, correspondiéndole la prueba de las mismas a la empresa. En tal sentido, el trabajador puede aducir despidos que en el momento del suyo desconozca y que hasta el momento del juicio puedan producirse, pues si aduce la nulidad por existir fraude por "goteo" ( art.51.1 último párrafo), nada impide que hechos nuevos o de nueva noticia accedan al acto de la vista ( art.286 LEC y art.85 y 88 LPL ), respetando así el tenor literal de la norma que habla de períodos sucesivos de 90 días, sin que el despido del trabajador ponga fin a dichos períodos, que siguen corriendo con independencia de su despido y que sólo detienen "el marcador" que computa las extinciones, cuando en un período de 90 días no se produzca en la empresa extinción alguna computable.**

**Dicha interpretación, como es obvio, halla su límite infranqueable en la caducidad de la acción de despido ( art.59.3 ET y 103 LPL ), pues si el actor no interpone demanda en el plazo de 20 días la acción caducará con independencia de que su despido pueda estar realizado en fraude del art.51.1 ET .**

Partiendo de tal criterio, el motivo del recurso debe prosperar.

En el caso de autos el despido del trabajador se produce el 22-07-2010 y se producen las siguientes extinciones computables en una empresa con trescientos o más trabajadores (349):

-Desde el 22-01-2010 al 22-04-2010 : 4

-Desde el 23-04-2010 al 22-07-2010: 26

-Desde el 23-07-2010 al 22-10-2010: 3

En primer lugar no sería preciso acudir al cómputo de los 3 despidos producidos tras el del trabajador, pues en los dos períodos sucesivos de 90 días anteriores que culminan el día del despido del trabajador ya se ha superado el umbral (30 trabajadores).

En segundo lugar, la alegación de la impugnante consistente en que en el primero de los períodos el despido de D. Rubén acaecido el 25 de enero de 2010 no debería computar por ser un despido objetivo por baja de rendimiento del art.52 a) ET , carece del menor sustento documental, pues del examen de la documental nº 18 (f.748-1098), no consta la carta de despido que, por lo demás, la impugnante dice transcribir sin que la misma se halle en autos ni haya sido aportada a suplicación. Al contrario en el documento nº 17, f.761, respecto Sr. Rubén consta como causa de extinción: despido objetivo, sin más añadiduras, por lo que la Magistrada de Instancia y la Sala, en sede de modificación de hechos, considera probado que se trata de un despido objetivo y, por tanto, computable, a falta de prueba alguna de que el mismo se produjo por causa diversa a las económicas o productivas que se aducen respecto del actor. A más abundamiento, fue la instancia el momento procesal oportuno para suscitar tal debate , sin que tales causas puedan introducirse ex novo por el cauce de la impugnación sin pretender la modificación del relato fáctico, por lo que dicha alegación no puede ser atendida.

En tercer lugar, siguiendo el criterio de la Sala y computando los 3 posteriores, también se supera el umbral (33 trabajadores).

Para terminar, en relación a la alegación de la impugnante de que en el primer período (de 22/01/2010 a 22/04/2010) no se superan las cinco extinciones y, por tanto, no deberían computarse las 4 que se produjeron, tal tesis no puede prosperar.

Dicha regla de cómputo establecida en el art.51.5 ET , dispone 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 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 párrafo c) del apartado 1 del artículo 49 de esta Ley , siempre que su número sea, al menos, de cinco".*

Ocurre, sin embargo, que dicha regla es de aplicación al art.51.1 párrafo primero y no al cómputo de las extinciones de contratos del art.51.1 último párrafo , que es el que nos ocupa, pues en este caso se limitan las



computables a las producidas al amparo del art.52.c) en un número inferior a los umbrales, sin que las amplíe a todas las que se produzcan por iniciativa del empresario y sin que las limite a un mínimo de cinco, pues se trata de una norma anti fraude que pretende evitar que se burlen los derechos de consulta y participación. Ello es comprensible y coherente con la previsión anti fraude, pues de acogerse la interpretación que sugiere la recurrente se propiciaría el fraude, pues podrían extinguirse por la vía del at.52 c) en tres períodos sucesivos de 90 días en una empresa de -por ejemplo- menos de 100 trabajadores: 4, 4 y 2 contratos de trabajo; llegando al umbral de 10, y eludiendo el ERE simplemente por no exceder de cinco en cada período de 90 días, algo que choca frontalmente con la literalidad, finalidad y lógica del último párrafo del art.51.1 ET .

Por todas estas razones el motivo de recurso debe prosperar.

**CUARTO.- Como último motivo de recurso, se aduce al amparo del art.191c) LPL la infracción del art.53.1 c) y 53.4 penúltimo párrafo del ET , en la redacción dada por el RD Ley 10/2010.**

El recurrente entiende que el despido sería improcedente por infracción de los requisitos de forma consistentes en la falta de preaviso y en la falta de entrega de la copia de la carta de despido al representante de los trabajadores.

La impugnante se opone porque se basa en hechos no probados y porque el abono del preaviso enerva la improcedencia del despido.

En primer lugar, apreciada la nulidad del despido en el correlativo anterior, carece de sentido entrar a dilucidar sobre la improcedencia del mismo por defectos de forma, máxime cuando en sede de recurso el recurrente solicita la nulidad y subsidiariamente la improcedencia, por lo que apreciada la primera no debe entrarse a resolver la segunda.

Ahora bien, a efectos meramente dialécticos, lo cierto y verdad es que la reforma introducida por el RD Ley 10/10 y luego consolidada en este punto por la Ley 35/2010, establece como novedad que el incumplimiento de los requisitos de forma del art.53.1 ET (comunicación escrita con expresión de causa, puesta a disposiciones de la indemnización de 20 días por año, concesión del preaviso de 15 día y en el caso de despido del art.52.c) ET , entrega de copia del escrito de preaviso a la representación legal de los trabajadores); determina la improcedencia, y no una "mera infracción administrativa", como apunta la resolución recurrida. Por otro lado, no se combate por la recurrente el ordinal fáctico segundo de la resolución recurrida, en que consta la notificación del finiquito a los representantes de los trabajadores, por lo que el motivo aducido no podría en caso alguno prosperar, al hacerse supuesto de la cuestión.

**QUINTO.** - En relación a las costas del proceso conforme al art.233.1 LPL , no procede la imposición de las costas del recurso.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación,

## FALLAMOS

ESTIMAR el recurso de suplicación interpuesto por D. Leoncio , frente a la sentencia nº 412/2010 dictada el 30 de diciembre de 2010 por el Juzgado de lo Social nº 1 de Tarragona , en los autos seguidos por despido nº 588/2010, la cuál revocamos y, en consecuencia declaramos la NULIDAD del despido de D. Leoncio efectuado por THYSSENKRUPP XERVON S.A el 22 de julio de 2010, condenando a la demandada a la inmediata readmisión del trabajador con el abono de los salarios dejados de percibir, sin que de los salarios de tramitación puedan deducirse los correspondientes al período de preaviso, debiendo el trabajador reintegrar la indemnización recibida. Sin costas.

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, y expídase testimonio que quedará unido al rollo de su razón, incorporándose el original al correspondiente libro de sentencias.

La presente resolución no es firme y contra la misma puede interponerse Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, para ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, el cual deberá prepararse mediante escrito con la firma de Abogado y dirigido a ésta Sala en donde habrá de presentarse dentro de los diez días siguientes a la notificación, con los requisitos establecidos en el Art. 221 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

Así mismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 229 del Texto Procesal Laboral, todo el que sin tener la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social o no goce del beneficio de justicia gratuita o no se encuentre excluido por el art. 229.4 de la Ley de Procedimiento Laboral , consignará como depósito, al preparar el Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, la



cantidad de 600 euros en la cuenta de consignaciones que tiene abierta esta Sala, en El Banco Español de Crédito -BANESTO-, Oficina núm. 2015, sita en Ronda de Sant Pere, nº 47, Nº 0965 0000 66, añadiendo a continuación los números indicativos del recurso en este Tribunal.

La consignación del importe de la condena, cuando así proceda, se realizará de conformidad con lo dispuesto en el art. 230 la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social y se efectuará en la cuenta que esta Sala tiene abierta en BANESTO (oficina indicada en el párrafo anterior), Nº 0965 0000 80, añadiendo a continuación los números indicativos del Recurso en este Tribunal, y debiendo acreditar el haberlo efectuado, al tiempo de preparar el recurso en esta Secretaría.

Así por nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

### VOTO PARTICULAR

a la sentencia dictada en autos 31/10, que emite el Magistrado D. JACOBO QUINTANS GARCIA.

Haciendo uso de la facultad conferida por el art.260.2 de la LOPJ, formulo voto particular a la sentencia dictada en los autos 31/10, por discrepar, con la mayor consideración y respeto, de la opinión de la mayoría de la Sala, y del criterio adoptado por ésta y entender que debe desestimarse el recurso presentado por D. Leoncio frente a la sentencia dictada por el juzgado de lo social num. 1 de los te Tarragona en fecha 30/12/2010 en autos num. 588/2010.

Antes de exponer la fundamentación de mi discrepancia debo manifestar mi desacuerdo con el hecho probado cuarto, que ha resultado modificado, en el que, como expone el impugnante del recurso, debe descontarse el primero de los despidos objetivos señalados en el período del 22/1/2010 al 22/4/2010, despido de D. Rubén pues si bien se trata de un despido objetivo (folio 761), lo es del artículo 52 a), ( ineptitud sobrevenida), y, por tanto fuera del cómputo a estos efectos. Así pues parto del dato de que los despidos producidos en los 180 días anteriores al del actor son 29 y no 30, por lo que se abre la discusión acerca de si deben o no computarse los del período que transcurre entre el 22/7/10 (fecha del despido del actor) y el 22/10/2002.

La cuestión que se suscita es, en resumen, la siguiente.

El artículo 51 del E.T . permite computar los despidos *"cuando en períodos sucesivos de 90 días y con el objeto de eludir las previsiones contenidas en el presente artículo, la empresa realiza 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"*, en cuyo caso, *"dichas nuevas extinciones se considerarán efectuadas en fraude de ley, y serán declaradas nulas y sin efecto"*.

Pues bien el problema a resolver es si la expresión contenida en el art. 51 "cuando en períodos sucesivos de 90 días" se refiere o no exclusivamente al período anterior, esto es que si el cómputo de las extinciones únicamente puede realizarse hacia atrás (despidos anteriores al del demandante, incluido este), y no hacia delante. Los criterios mantenidos por los distintos Tribunales Superiores de Justicia no son unánimes si bien es ampliamente mayoritaria la doctrina que sostiene la primera de las interpretaciones.

En discrepancia con la tesis mayoritaria expresada en esta sentencia, entiendo que únicamente pueden computarse los despidos realizados en periodos sucesivos de 90 días anteriores al del trabajador que demanda. Apoyo este criterio en los siguientes razonamientos:

a).- La tesis mayoritaria de la sentencia es contraria a la literalidad del precepto.

Sólo podrían tenerse en cuenta los despidos posteriores si éstos fueran por las mismas causas objetivas que el del actor Y ello porque el propio tenor literal del art. 51 del E.T . así lo refrenda, al hablar de que solo " **las nuevas extinciones** " se considerarán efectuadas en fraude de ley y serán declaradas nulas y sin efectos, lo que quiere decir que sólo se considerarían fraudulentos los despidos realizados con posterioridad, los nuevos, los que se produzcan a partir de, pero no el que está en litigio.

En el mismo argumento de la literalidad y significación gramatical de las palabras, la expresión legal "**producidas**" (art. 51.1 párrafo 4º) avala que cada amortización se examine **en el momento en que se produce** tomando en cuenta los adoptados en el período de 90 días anteriores.

b) Otro de los argumentos, quizá de mayor peso, es que la principal regla de hermenéutica de la norma cuando existen problemas de interpretación acerca de lo que se quiso decir es la de acudir a la tramitación parlamentaria para tener una clara visión del alcance de la norma según pretendió el legislador (mens legislatori). Así, en la tramitación parlamentaria del citado artículo 51 se incorporó en el texto legal la precisión apuntada en una enmienda presentada por el grupo parlamentario catalán (Convergencia i Unió), cuando determinó que son las "nuevas extinciones las que se consideran en fraude de ley y las que habrán de ser



declaradas nulas". Por el contrario se rechazó la enmienda presentada por el Grupo Parlamentario Federal Izquierda Unida - Iniciativa por Catalunya, mediante la que se pretendía que el párrafo tercero del art. 59 del E.T. dijera así: "El ejercicio de la acción contra el despido o resolución de contratos temporales caducará a los 20 días siguientes de aquel en que se hubiera producido. **Cuando se ejercite la acción prevista en el último párrafo del apartado primero del art. 51 de esta ley, el plazo empezará a contar desde la última extinción contractual que infrinja los límites legales**". Precisamente esa propuesta, que es la misma que han aportado juristas como Senra Biedma o Ramirez Martinez, supone la modificación del art. 121 de la Ley de Procedimiento Laboral para adecuarla a la interpretación que del art. 51 del E.T. hace la sentencia votada. Así, mientras eso no suceda, y recuerdo que ya fue contemplada y desestimada la enmienda parlamentaria de Izquierda Unida, contabilizar los despidos posteriores al del demandante no podría hacerse sin dejar la posibilidad de demandar, el ejercicio de la acción, al albur de circunstancias como las de conocimiento de esos posteriores despidos o que estos se produzcan, no en el periodo de 90 días, como reza el texto legal, sino en el de 20 posteriores al despido del actor, lo que, como mínimo atenta contra el principio de seguridad jurídica.

c) Imposibilidad de una demanda de despido objetivo "preventiva"

El trabajador que demanda contra el despido objetivo alegando la nulidad del mismo por sobrepasar los umbrales del art. 51, no puede presentar la demanda sin que esos umbrales se hayan superado. No cabe la posibilidad de una "demanda preventiva" por lo que pudiera pasar tras su despido y con la esperanza de que el juicio se demore y entre tanto se produzcan otros que añadir al suyo para completar el cupo. En este caso ni tan siquiera habría tenido argumentos para sostener la nulidad del despido, puesto que en la fecha en que este se produjo, no se habría sobrepasado el límite o umbral numérico ni, evidentemente, era posible vaticinar que con posterioridad se iba a superar.

Claro que no falta autores que, de "legeferenda", pretenden la modificación de los plazos de caducidad o el inicio del cómputo del ahora establecido en 20 días pero a partir de la fecha en que se tuvo conocimiento del despido que completaba el número límite del art. 51.

Tal solución supone un grave atentado contra el principio de seguridad jurídica dilatando, hasta no se sabe que extremo, la posibilidad de impugnar un despido de estas características.

Reduciendo al absurdo la posibilidad antes expuesta se debería aceptar a trámite la demanda de quien hace el número 6 de los despidos en un supuesto en el que el máximo fueren 10, por ejemplo, en espera de que al tiempo de juicio se hayan producido ya nuevos despidos que, unidos al del demandante, alcancen el límite legal. Y siguiendo con tal hipótesis, porque no admitir a trámite la demanda del primer despedido. Se trata de una conducción al absurdo que, a veces, resulta clarificadora.

En la opinión de algunos autores, que comparto, a los efectos de determinar el umbral del art.51.1, son computables todos los despidos realizados en un período de 90 días por motivos no inherentes a la persona del trabajador. Se trata de una presunción que opera "iuris et de iure" de tal manera que amparadas las extinciones inicialmente en las razones que en cada caso las hubiera justificado, el mecanismo legal las convierte en base de cálculo que obliga, para los despidos objetivos posteriores que sumados a aquellos superen el tan citado umbral, a ser tramitados por la vía del art. 51.1 aunque ellos solos no alcancen el número legal. Aplicando dicha norma al despido objetivo este se convertiría en colectivo si se comprueba que en los 89 días anteriores a la fecha en que se produjo el que se examina se supera ese umbral numérico.

e) Doctrina mayoritaria entre los TSJ de las Comunidades Autónomas.

Aunque no se trate de un argumento definitivo e irrefutable, sí es de tener muy en cuenta la reciente doctrina mayoritaria de los TSJ de las CC AA sobre este tema. Así, consideran que sólo pueden computarse los despidos anteriores al demandante:

MADRID.- sentencias de: 6/5/11,rec 4675/10 y de 21/12/2010, rec.num 4082/2010:

*"Ha de convenirse con el recurrente en que, en el momento de su despido, no se había sobrepasado el máximo de 10 trabajadores (empresa con menos de cien) del art. 51.a) ET, pues a tales efectos ha de tenerse en cuenta el período de noventa días anterior al despido. Se enjuicia la situación existente a la fecha del despido, y si en períodos sucesivos de noventa días la empresa sigue realizando extinciones de contratos sin concurrir causas nuevas, sobrepasando así el número total permitido, serán esas nuevas extinciones las que deberán considerarse nulas y sin ningún efecto por haberse producido en fraude de ley, como establece el art. 51 apartado 1 párrafo final, del Estatuto de los Trabajadores .*

*En consecuencia, es claro que cuando se despide al actor se han producido solamente seis extinciones, número inferior al máximo permitido de diez, y es posteriormente cuando en su caso se sobrepasará ese máximo por el "goteo" de despidos sucesivos sin nueva causa. Por tanto el despido del actor no se efectuó en fraude de ley, pues*





no existe norma alguna que autorice al FGS a efectuar una valoración conjunta de la totalidad de las extinciones llevadas a cabo por la empresa. La impugnación judicial del despido objetivo no es exigible al trabajador, pero en este caso ni siquiera habría tenido argumentos para sostener la nulidad del despido, puesto que en la fecha en la que se produce su despido no se había sobrepasado el límite o umbral numérico, ni evidentemente era posible vaticinar que con posterioridad se iba a superar."

En el mismo sentido las de 13/6/11, rec.num 6406/10; 2/12/10, rec. num.3189/10 y 5/10/10, rec.num. 2001/10, entre otras.

CASTILLA-LEÓN (VALLADOLID). Sentencia de 13/7/2011, Rec.num.1041/2011:

"En cuanto a las extinciones que se hubieran podido producir con posterioridad a la del actor, cabe decir que la cláusula contenida en el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores permite computar los despidos subsiguientes "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 artículo 52 c) de esta Ley en un número inferior a los umbrales señalados, y sin que concurren causas nuevas que justifiquen tal actuación", en cuyo caso "dichas nuevas extinciones se considerarán efectuadas en fraude de ley, y serán declaradas nulas y sin efecto". Sin embargo, con toda claridad dicha cláusula solamente afectaría a la legalidad de las nuevas extinciones, pero no al despido del actor.

Salvo que se acreditase que todos los despidos producidos forman parte de un mismo plan o conducta empresarial a efectos de su tratamiento unitario, el periodo de referencia para cada despido es el de los tres meses anteriores a ese mismo despido. Si los despidos no obedecen a un plan o proyecto unitario desarrollado en el tiempo, la alteración de la calificación de los despidos ya pasados en virtud de despidos posteriores es totalmente perturbadora. Una empresa que hubiese practicado nueve despidos se encontraría con que, para practicar otro más, no solamente habría de entender como colectivo ese último, sino también los anteriores, lo que llevaría a anular los mismos con efectos retroactivos para someterlos al procedimiento de regulación de empleo, solución que no puede ser compartida. Dejando aparte las posibilidades de reclamación posterior de indemnizaciones de daños en el sentido de nuestra sentencia de 18 de marzo de 2009 (suplicación 299/2009), tal anulación retroactiva de despidos por causas posteriores a los mismos no es posible con carácter general... Lo anterior quiere decir que, computando al propio trabajador recurrente, el número de trabajadores despedidos simultáneamente o en el periodo de tres meses anteriores a su despido es de siete, por lo que el despido del actor no formaría parte de un despido colectivo por tal causa, al no superar el umbral de diez trabajadores.

En el mismo sentido las de 106/12/09, y 22/9/10 cuando, en esta última se razona:

"Como consecuencia de lo anterior, en tercer lugar, en hipótesis cual la aquí concurrente de despidos por goteo, el despido colectivo y la correlativa necesidad de recabar autorización administrativa para su adopción **sólo nace a partir de aquella decisión extintiva que determina la superación del límite legal que instituye lo colectivo**, momento a partir del cual deviene imperativo el recurso al expediente que se establece en el artículo 51 del Estatuto".

Y CASTILLA-LEÓN (BURGOS) sentencia de 3/11/10.

CATALUÑA.- Sentencias de 16/6/11, rec.num 1451/11 :

"Sentado lo anterior, en relación con el caso de autos y según resulta acreditado, en el período de 90 días anteriores a la extinción del contrato del recurrente las extinciones efectuadas no superan el umbral legalmente establecido para una empresa con plantilla superior a 300 trabajadores, pues la suma de despidos objetivos e improcedentes, es decir, extinciones computables, no superan el número de 30.

De otra parte, plantea el recurrente la existencia de una conducta empresarial fraudulenta contractual con respecto del umbral temporal de los 90 días marcados por la Ley. En otras palabras, pretende el recurrente que los despidos disciplinarios previos a la extinción objetiva ahora discutida y fuera el arco temporal de los 90 días se añadan a los que se produjeron con posterioridad a su despido, constatándose, de este modo, el proceder fraudulento de la mercantil demandada.

A este respecto debe señalarse, en primer lugar, que en el actual marco legal, al que están sujetos Jueces y Tribunales, no impide prácticas consistentes en el encadenamiento de despidos económicos individuales o plurales sin necesidad de acudir al art. 51 ET. La Ley se limita a establecer los límites temporales y cualitativos ahora indicados, de manera que respetando dichos límites será lícito encadenar extinciones contractuales por causas empresariales. Ahora bien, ello no impide considerar que en determinadas casos dicho proceder pueda ser sospechoso de fraude de ley, en cuyo caso será de aplicación del artículo 6.4 Código Civil, debiendo probar quien ello alega la existencia de la voluntad defraudatoria. Circunstancia ésta que no concurre en la presente litis, por cuanto que el recurrente nada aporta sobre la existencia de una eventual conducta fraudulenta más allá de la





*mera invocación de los despidos efectuados por la empresa antes de los noventa días anteriores y posteriores a la fecha de extinción de su contrato por causas objetivas."*

*En el mismo sentido las de 1/12/10, rec. num.3595/10; 4/10/10 rec.num. 610/10; 15/4/10, rec. num.7318/09, cuando expone "En consecuencia, y habida cuenta que el presente recurso no discute la validez de las causas alegadas por la empresa para proceder al despido objetivo, o al despido colectivo ulterior (centrándose la recurrente en el tema de los umbrales numéricos) cabe concluir, con el juzgador de instancia, que en el presente caso no habría sido superada la cifra requerida por el artículo 51.1 del ET, pues el 20-03-2009, se realizaron 9 despidos objetivos individuales sobre una plantilla de 113 trabajadores y ello sin que conste que en el período anterior de 90 días a dicha extinción (el 20-03-2009), se llevase a efecto alguna otra extinción contractual, debiéndose poner de relieve que el requisito temporal viene referido a sucesivos e inmediatos períodos de 90 días a las extinciones (como ha tenido ocasión de señalar esta Sala entre otras en sus sentencias de 30-10-96 o de 19-10-2009), sin que deba tomarse en consideración las posteriores extinciones".*

*ANDALUCÍA (SEVILLA) sentencia de 10/5/11, recurso 3810/10 en la que unifica doctrina al percibir que en las distintas sedes se habían dictado sentencias contradictorias, como sucedía con la de Málaga de 21/5/97 :*

*"Pero es más, en caso de que tales extinciones se hayan producido por causas objetivas y por las mismas causas que la extinción del actor -lo que no se ha acreditado de manera alguna-, el problema a determinar es si la expresión contenida en el art. 51".cuando en periodos sucesivos de 90 días" se refiere o no exclusivamente al periodo anterior, esto es que si el cómputo de las extinciones únicamente puede realizarse hacia atrás y no hacia delante. Los criterios mantenidos por los distintos Tribunales Superiores de Justicia no es unánime, según se comprueba de la lectura del recurso y la impugnación, lo que nos obliga tomar partido en el asunto.*

*Y a este respecto, seguimos la actual doctrina de esta Sala de 15/3/2005, 12/3/2004, 27/2/2004 y la del TSJ de Madrid de 22/1/2008, de Valladolid de 16/12/2009, de Valencia de 25/3/1999, de Asturias de 24/7/2009, a la hora de interpretar cómo deben computarse las extinciones producidas en los periodos de 90 y 180 días, las que vienen declarando que el cómputo debe realizarse **siempre hacia atrás o hacia el pasado**. Sólo podrían tenerse en cuenta los despidos posteriores si éstos fueran por las mismas causas objetivas que el del actor Y ello porque el propio tenor literal del art. 51 del E.T. así lo refrenda, al hablar solo "las nuevas extinciones" se considerarán efectuadas en fraude de ley y serán declaradas nulas y sin efectos, lo que quiere decir que **sólo se considerarían fraudulentos los despidos realizados con posterioridad, pero no el que está en litigio.***

*En definitiva, no podemos acoger la tesis del recurrente de que existe fraude de ley por el simple hecho objetivo de haberse producido extinciones posteriores que, unidas a las anteriores, superan el cómputo del art. 51.1 del E.T., pues el fraude no puede depender de un hecho objetivo (extinciones del 7/5/2010) desconocido por la empleadora al momento de adoptar la decisión de despido del actor (16/3/2010), sino que solo cabría apreciarlo si hubiera existido alguna maniobra fraudulenta tendente a excluir la presentación del ERE, circunstancia que no se ha producido ni se ha alegado. Por todo ello, se impone desestimar esta censura."*

*COMUNIDAD VALENCIANA de 15/3/99, Rec. 119/1998.: "Por ello, a pesar de que la ley no fija el dies ad quem para su cómputo, éste necesariamente deberá operar hacia atrás"*

Cierto es que se han dictado sentencias contradictorias, como cita el texto mayoritario de esta, pero no es menos cierto que en alguna como la del TSJ de Andalucía (Málaga) que cita la recurrente, se reconoce que con ello se fuerza la literalidad del precepto.

Tampoco la doctrina que defiende vulnera la legislación ni con la jurisprudencia comunitaria citada en el texto votado, pues es perfectamente respetuosa con ella, como lo es la trasposición al art. 51 del E.T. con el principio de intervención de los legales representantes de los trabajadores afectados, pues ese principio ni se vulnera con la legalidad del despido objetivo singular o plural (en el que no intervienen) ni con la interpretación que defiende, pues no se trata de una cuestión de principios del ordenamiento sino con la forma de computar un tope de despidos, y la posibilidad de establecer un umbral es por todos admitido. Más aun, la trasposición de la norma comunitaria al derecho español se ha realizado mejorando la cifra del tope o umbral y el periodo de tiempo a computar (lo que tampoco se discute).

Por todo lo expuesto, discrepando de la opinión mayoritaria de la Sala considero que la interpretación que la sentencia hace del art. 51 del E.T. es contraria a la letra y al espíritu de la norma en el sentido que se dio por el legislador y en consecuencia emito el presente voto particular por el que entiendo que la sentencia debió ser desestimatoria del recurso planteado.

**Publicación.-** La anterior sentencia ha sido leída y publicada en el día de su fecha por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, de lo que doy fe.