



Roj: **STS 1178/2014** - ECLI: **ES:TS:2014:1178**

Id Cendoj: **28079140012014100118**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **11/02/2014**

Nº de Recurso: **323/2013**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **MIGUEL ANGEL LUELMO MILLAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ CAT 172/2012,**
ATSJ CAT 194/2012,
STS 1178/2014

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a once de Febrero de dos mil catorce.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación para la UNIFICACIÓN DE DOCTRINA, interpuesto por DON Eliseo , representado y defendido por el Letrado D. Sergio Ontoso Gallego, contra la sentencia de fecha 13 de enero de 2012 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en el recurso de suplicación núm. 5429/2011 , formulado frente a la sentencia de fecha 15 de febrero de 2011, dictada en autos 584/2010 por el Juzgado de lo Social núm. 2 de Tarragona seguidos a instancia de dicho recurrente contra ALTRAD RODISOLA S.A. (antes THYSSENKRUPP XERVON, S.A.) sobre DESPIDO.

Ha comparecido ante esta Sala en concepto de parte recurrida ALTRAD RODISOLA S,A, representada y defendida por el Letrado D. Luis Estrugo Muñoz.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Miguel Angel Luelmo Millan,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 15 de febrero de 2011, el Juzgado de lo Social núm. 2 de Tarragona, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: "FALLO: Que ESTIMANDO la demanda interpuesta por Eliseo , contra ALTRAD RODISOLA, S.A. (antes THYSSENKRUPP XERVON, S.A.), sobre despido, debo declarar y declaro NULO el despido efectuado, y condeno a la empresa demandada a estar y pasar por dicha declaración, con abono de los salarios de tramitación desde el 22-7-2010 hasta la notificación de la presente resolución, a razón de un salario diario de 105,79 euros".

En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: "PRIMERO.- El demandante, Eliseo , inició prestación de servicios para la empresa demandada ALTRAD RODISOLA, S.A. (antes THYSSENKRUPP XERVON, S.A.), dedicada a la actividad de montaje de andamios y estructuras metálicas, el 13.09.88, ostentando la categoría profesional de ENCARGADO, percibiendo un salario mensual con inclusión de prorrata de pagas extras de 3.173,59 euros. (no controvertido). SEGUNDO.- La actividad de la empresa demandada consiste en el montaje y alquiler de andamios metálicos y las obras de construcción, orientadas ambas actividades principalmente al sector petroquímico, así como cualquier otra actividad relacionada con el mencionado objeto social. Esta actividad concentra más del 85% de recursos y volumen de facturación. También realiza otras actividades como tareas auxiliares de obra civil como son apertura de zanjas para canalizaciones, encofrados, muros, construcciones de arquetas, etc. Realizando también trabajos de pintura en el mismo ámbito industrial. 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. (docum. nº 8, 9, 12 y 13 de la demandada, y pericial del Economista Sr. Lorenzo - doc. nº 18). TERCERO.- El pasado día 22.07.10, 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 2008, así como también disminución de la facturación de más de un 50% en el ejercicio 2008/09 al 2009/2010. En la citada carta se puso a disposición del actor la indemnización de 20 días por año de servicios en su máximo de 12 mensualidades, que ascendió a la cantidad de 38.611,99 euros, más la cuantía de 1.586,79 euros, por el concepto de falta de preaviso. Se remitió finiquito de la liquidación a los representantes de los trabajadores. El demandante percibió dicha indemnización. 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 5 a 14 de la parte actora, documental nº 7 demandada). CUARTO.- A partir del mes de enero de 2009, a causa de la finalización de parada técnica de Olefinas de Repsol IPF, mediante ERE aprobado por resolución de 12.06.09 se tuvieron que extinguir 29 contratos de trabajo de la demandada, quedando un total de 380 operarios. 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 4 trabajadores reconociendo la improcedencia. 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. (certificación de Tesorería sobre el informe laboral de la empresa demandada, documentos nº 17 a 263 de la parte actora). QUINTO.- El 4.05.2009 se plantea un Expediente de Regulación de Empleo (ERO NUM000) 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 9.06.2009. 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 12.06.2009 y 12.06.2010. Como consecuencia de tal autorización, se procede a la extinción de los 29 contratos de trabajo en fecha 19.06.2009. 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. En fecha 02.10.09 se solicita nuevo ERE para la suspensión temporal de los contratos de trabajo de 18 trabajadores técnicos administrativos de la empresa en el centro de trabajo que tiene en Tarragona , lo que en fecha 02.11.09 se autoriza para los 18 trabajadores durante un periodo de 100 días desde la fecha de la resolución hasta el 12.06.10. (documental 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 Año 2008 Año 2009 Año 2010

(enero-mayo)

21.272.073,75 € 19.292.304,24 € 16.977.314,53 € 5.808.675,03 €

Cabe destacar:

- 1) La estructura de gastos de personal sobre ventas ha pasado de un 62,19% en el ejercicio 2005-2006 a un 85,48% en el ejercicio 2009-2010 (fecha 30-6-2010).
- 2) Los costes fijos de la compañía pasan de un 9,20% en el ejercicio 2005-2006 a un 13,20% en el ejercicio 2009-2010 (fecha 30-6-2010).

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% u un 6%. Por el contrario 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. (docum. nº 9, 12, 18 a 20 de la demandada, pericial del Economista Sr. Lorenzo).

SÉPTIMO.- Las pérdidas de la empresa demandada han sido las siguientes:

Resultado de explotación:

Hasta 30/6/2010 Ejercicio 2009 Ejercicio 2008 Ejercicio 2007

-1.275.281,98 € -1.264.543,49 € -389.601,86 € -403.008,77 €

Resultado antes de impuestos:

Hasta 30/6/2010 Ejercicio 2009 Ejercicio 2008 Ejercicio 2007

-1.546.327,35 € -1.753.968,08 € -898.233,96 € -916.019,64 €

Resultado del ejercicio:

Hasta 30/6/2010 Ejercicio 2009 Ejercicio 2008 Ejercicio 2007

-1.535.720,34 € -1.746.419,55 € -910.041,15 € -942.681,49 €

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 Sr. Lorenzo y docum. nº 18 a 20 de la demandada). OCTAVO.- La actora no ostenta ni ha ostentado en el último año cargo representativo o sindical. NOVENO.- El día 02.09.10 se intentó la conciliación ante el organismo público competente que tuvo lugar sin avenencia, según papeleta presentada el día 13.08.2010".

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de suplicación contra la anterior resolución, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, dictó sentencia con fecha 13 de enero de 2012, en la que consta la siguiente parte dispositiva: "FALLAMOS: Estimamos el recurso de suplicación formulado por THYSSENKRUPP XERVON S.A., y, en consecuencia, debemos revocar y revocamos la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de los de Tarragona, de 15 de febrero de 2011, en el procedimiento nº 584/2010, sustituyendo el pronunciamiento de su parte dispositiva por el de íntegra desestimación de la demanda formulada por Don Eliseo, con libre absolución de THYSSENKRUPP XERVON S.A., declarando la procedencia de la extinción objetiva de su contrato, y acordando la devolución del depósito efectuado para recurrir. Sin costas".

TERCERO.- Contra la sentencia dictada en suplicación, se formalizó, por la representación procesal de D. Eliseo, el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de fecha 16 de diciembre de 2011, Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de fecha 21 de febrero de 2012 y Tribunal Supremo de fecha 18 de abril de 2007, así como la infracción de lo dispuesto en el art. 51.1 del Estatuto de los Trabajadores.

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 26 de septiembre de 2013, se admitió a trámite el presente recurso, dándose traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

QUINTO.- Evacuado el trámite de impugnación, pasó todo lo actuado al Ministerio Fiscal para informe, dictaminando en el sentido de considerar el recurso improcedente.



SEXTO.- En Providencia de fecha 8 de enero de 2014 y por necesidades de servicio se designó como nuevo Ponente al Magistrado Excmo. Sr. D. Miguel Angel Luelmo Millan, señalándose para la votación y fallo del presente recurso el 4 de febrero de 2014, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Formula el actor su extenso recurso de casación unificadora mediante el planteamiento de unas "alegaciones" primera y segunda tendentes a que se declare la nulidad de la sentencia recurrida "por ser arbitraria e incongruente" (primera) y "por la indefensión causada por la falta de pronunciamiento" (segunda), al entender, según indica en esta última, que "el Juzgador únicamente se pronuncia en relación al hecho cuarto de la demanda en el que se interesa la nulidad del despido en base a que se está realizando un despido colectivo encubierto" cuando dicha parte en su escrito de demanda "interesa que se declare la improcedencia del despido del actor -y hoy recurrente- por varios motivos y, en concreto, se contienen en el hecho segundo y tercero....", lo que trata de explicar ampliamente reproduciendo mediante cuadros que se prolongan a lo largo de diecisiete folios, algunos de los avatares procesales en la instancia y en suplicación, aludiendo respecto de ese recurso la solicitud del actor, tras esa segunda sentencia, de pronunciamiento aclaratorio en relación con el cómputo de los despidos y con la participación de los representantes de los trabajadores respecto al despido objetivo, por haber obtenido la defensa de dicha parte dos sentencias favorables del Tribunal acerca de trabajadores de la misma empresa y despedidos en las mismas fechas, a lo que se le contestó mediante auto de 30-3-12 que denegaba cualquier subsanación o complemento de sentencia.

Subsidiariamente se plantea una tercera alegación con tres "núcleos" de contradicción con cita, como de contraste, de las sentencias del TSJ de Cataluña de 16/12/11 (rec 2492/11) del TSJ del País Vasco de 21/02/12 (rec 221/12) y del TS de 18/11/07 (rec 4781/05), los dos primeros relativos a los mismos extremos de las dos alegaciones iniciales.

Finalmente, una cuarta y última alegación en la que dice haberse producido una "alteración sustancial de las circunstancias concurrentes a la hora de dictar sentencia en el presente recurso", citando los arts 231 de la LPL y 271 - 272 de la LEC , aludiendo a hechos nuevos contenidos en la sentencia que dice firme de 14-6-11 del Juzgado de lo Social nº3 de Tarragona y que entiende que son "de indudable trascendencia en el presente procedimiento", refiriéndose a nuevos despidos, tras el del actor, y su declaración de nulidad por la superación de los límites numéricos y temporales de los arts 52 c) y 51.1 del ET .

A todo ello contesta la empresa demandada en su escrito de impugnación, habiéndose pronunciado, en fin, el Ministerio Fiscal en su preceptivo informe en sentido desestimatorio del recurso.

SEGUNDO.- Las alegaciones primera y segunda son susceptibles de tratamiento conjunto en cuanto que ambas tienen como objeto la misma declaración de nulidad de la sentencia por no haberse pronunciado sobre el que considera la parte recurrente un error de cómputo denunciado en su solicitud de aclaración relativa al número de despidos producidos entre el 22-1 y el 22-4- 10 (primera) y por no haberlo hecho tampoco "sobre la participación de los representantes de los trabajadores en relación con el despido objetivo" (segunda).

De antemano debe reseñarse, en primer lugar, que, como ya se ha dicho, ambas cuestiones se vuelven a plantear en la siguiente alegación (tercera) que se formula con carácter subsidiario y que desgrana el recurrente, como también se ha apuntado, en tres "núcleos" de contradicción, siendo los dos primeros los relativos a las mismas.

Es evidente, pues, que en tan abigarrado formato se duplican innecesariamente los alegatos y que si se diferencian numeradamente las "alegaciones" (en realidad, motivos, que en el caso de la alegación tercera se desdoblán, a su vez, en tres, tantos como "núcleos de contradicción") las reiterativas resultan innecesarias y, en todo caso, como cada uno de los motivos debe contener la referencia o anudarse a la correspondiente sentencia de contradicción, aquéllos que no lo hagan se excluyen por sí mismos en función de dicha omisión, que es lo que acontece con estas dos primeras alegaciones, donde no se alude a ninguna sentencia de contraste aunque se haga después pero ya en otro motivo o "alegación" independiente, teniendo declarado al respecto reiteradamente esta Sala la necesidad de que así se formule incluso cuando se trata de denuncias de infracciones procesales, como establece, entre otras, nuestra sentencia de 22/03/2010 (RCUD 4274/2008) que dice al respecto: "*.....a partir de las sentencias del Pleno de la Sala de 21 de noviembre de 2000 -recursos 2856/1999 y 234/2000 - es reiterada la doctrina que establece que «las infracciones procesales en este excepcional recurso de unificación de doctrina están condicionadas por la existencia de contradicción , sin que estas infracciones -salvo supuestos excepcionales vinculados a la competencia funcional de la Sala o a la falta manifiesta de jurisdicción- puedan apreciarse de oficio, ni a instancia de parte si ésta no acredita la contradicción». Por otra parte, como pone de relieve el Ministerio Fiscal, no se cumple en estos motivos la exigencia de justificar la existencia de la contradicción mediante una relación precisa y circunstanciada....."*



Asimismo, nuestra sentencia de 27/04/2010 (RCUD 2164/2009) manifiesta: "...Es sabido que esta Sala ha declarado, que cuando nos encontramos ante una cuestión de naturaleza procesal, la contradicción viene exigida no sólo en relación con la propia problemática procesal sino también en relación con los hechos tomados en consideración por una y otra sentencia en relación con la cuestión de fondo debatida, como puede apreciarse en las Sentencias de esta Sala de 21-11-2000 (Rec.-2856/99) y 11-9-2003 (Rec.-1/144/2002) y Auto de 2 de febrero de 2004 (rec. 3343/2003). Tal y como reconocieron la Sentencias de esta Sala de 21-11-2000 (rec. 234/2000 y 2856/99), "las infracciones procesales en este excepcional recurso están condicionadas por la existencia de contradicción, sin que estas infracciones (salvo supuestos excepcionales vinculados a la competencia funcional de la Sala o a la falta manifiesta de jurisdicción) puedan apreciarse de oficio, ni a instancia de parte si ésta no acredita la contradicción". Por último, en fin, y sin pretensiones de exhaustividad, la de 31 de Enero del 2011 (RCUD 855/2009) declara: "...El primer motivo no puede prosperar, porque si bien es cierto que la sentencia de esta Sala que el recurso alega [STS 19/01/98 -rcud 1662/97 -] prescinde de la exigencia de contradicción en los supuestos de posible nulidad de actuaciones, porque la sentencia «incongruente, deja a la parte inerte, habida cuenta de que en casación no puede entrarse a decidir sobre errores de hecho, y fuerza a situaciones en que se niega la tutela judicial efectiva proclamada por el artículo 24 de la Constitución », de todas formas ha de tenerse en cuenta **que tal criterio fue rectificado por dos sentencias posteriores dictadas en Sala General, ambas de fecha 21/11/00 [rcuds 2856/99 y 234/00], en las que con toda claridad se ha mantenido que en los temas procesales "salvo supuestos excepcionales vinculados con la competencia funcional de la Sala o a la falta de jurisdicción", rige también la exigencia de la contradicción previa que el art. 217 LPL fija como presupuesto de admisión de todo recurso de casación unificadora como signo definidor de su naturaleza especial» (siguiendo la doctrina de las citadas, aparte de muchas otras, las SSTS 11/04/06 -rcud 5118/04 -; 09/10/06 -rcud 2672/05 -; 07/12/06 -rcud 3771/05 -; 13/11/07 -rcud 81/07 -; y 27/01/09 -rcud 1447/07 -)... "**

Consecuentemente con todo ello y sin perjuicio de las conclusiones a que se pueda llegar en estos puntos al examinar la siguiente "alegación" en sus tres "núcleos" de contradicción, las dos primeras han de desestimarse por la deficiencia de planteamiento expresada y la innecesaria duplicidad que suponen con otros motivos donde esa concreta deficiencia se subsana.

TERCERO.- La tercera "alegación" se desdobra, como ya se ha dicho, en tres "núcleos" de contradicción, relativo el primero al cómputo de las extinciones de contratos, citando inicialmente en su exposición el art 51.1, párrafos primero y penúltimo (éste "por ser una norma antifraude", dice, en aparente referencia al último párrafo de ese mismo precepto y norma), del ET , y mencionando de contraste la sentencia del TSJ de Cataluña de 16 de diciembre de 2011 , precisando con ocasión de ello que dicha resolución, en unión de otras dos anteriores del mismo Tribunal, no sólo mantienen la misma argumentación y solución opuesta a la de la recurrida sino que se refieren a trabajadores de la misma mercantil demandada despedidos en las mismas fechas, siendo de reseñar al respecto que, en línea opuesta, la sentencia recurrida expresa en su segundo fundamento de derecho "in fine" que su tesis y solución es la misma que la de cuatro anteriores sentencias de la propia Sala, sin que, en todo caso, la alusión a otras sentencias pueda admitirse a tal fin referencial, no sólo por no haberse aportado sino, sobre todo, por no haber más que una por cada motivo.

La contradicción existe puesto que en las sentencias comparadas, como apunta el Mº Fiscal en su preceptivo informe, "se trata de dos trabajadores en idénticas circunstancias y planteándose idéntico debate jurídico; mientras que la sentencia recurrida estima que no deben computarse para establecer el fraude las extinciones de contratos ajenas a causas objetivas, la referencial estima que sí deben computarse".

Y respecto del fondo de lo planteado, ha de desestimarse el motivo partiendo de la jurisprudencia existente acerca del cómputo del plazo, representada, entre otras, por las sentencias de esta Sala de 23 de Abril del 2012 (rcud 2724/2011) y de 2 de enero de 2013 (rcud 1362/2012), la segunda de las cuales, que alude a la anterior, tiene declarado que ... "Una interpretación lógico sistemática del artículo 51-1 del Estatuto de los Trabajadores nos muestra que el mismo, a efectos de definir el despido colectivo y diferenciarlo del individual, **establece en su primer párrafo una norma general, mientras que en el último sienta una norma antifraude, encaminada a evitar la burla de la regla general. La norma general se conecta con el número de extinciones contractuales producidas "en un periodo de noventa días"**, término cuyo cómputo constituye la causa de este recurso. La regla antifraude se contiene en el último párrafo del precepto interpretado donde se dispone: "Cuando en periodos sucesivos de noventa días y con el objeto de eludir las previsiones contenidas en el presente artículo, la empresa realice extinciones de contratos al amparo de lo dispuesto en el artículo 52, c) de esta Ley en un número inferior a los umbrales señalados, y sin que concurren causas nuevas que justifiquen tal actuación, dichas nuevas extinciones se considerarán efectuadas en fraude de Ley, y serán declaradas nulas y sin efecto".

Ante la literalidad del precepto una primera aproximación nos muestra que el día del despido va a ser el día final del plazo (el "dies ad quem") para las extinciones contractuales que se acuerden ese día, así como el día inicial ("dies a quo") para el cómputo del periodo de los noventa días siguientes ..."



Sobre esta base jurisprudencial, el período computable en principio abarcaría desde el 23/04/2010 al 22/07/2010, es decir, los noventa días anteriores al despido, y de estarse en el caso de computarse los "períodos sucesivos", los que se tendrían en cuenta serían los noventa días anteriores al despido (por ser la fecha de éste, 22/07/10, el "dies ad quem") y los noventa posteriores (por ser respecto de los mismos la fecha del despido el "dies a quo"), es decir y en total, desde el 22/04 al 22/10/2010 (22/04 a 22/07 y 22/07 a 22/10/2010) y no como expone el actor (e incluso la sentencia recurrida, que en esto yerra, aunque finalmente la solución que se imponga sea la misma que da) los ciento ochenta anteriores (dos períodos sucesivos de noventa desde el 22/01 al 22/07/2010), sin que, en fin, del segundo período computable (22/07 a 22/10/2010) nada se diga en la resultancia fáctica de la sentencia, no acreditándose, de todos modos y a la vista de la misma que se alcancen los umbrales del art 51 ET .

CUARTO.- En cuanto al segundo "núcleo" de contradicción, que cita de referencia la sentencia del TSJ del País Vasco de 21 de febrero de 2012 (rec. 221/12), sostiene, según se ha indicado ya, que aunque se solicitó de la Sala de suplicación un pronunciamiento sobre la participación de los representantes de los trabajadores en relación con el despido objetivo, el auto dictado por el Tribunal al respecto desestimó tal pretensión.

No se menciona ninguna infracción normativa ni jurisprudencial concreta, lo que ya de por sí basta para desestimar el motivo, a lo que cabe añadir que incluso si se apreciase la indispensable contradicción entre las sentencias comparadas en tanto en cuanto la de referencia aborda cuestiones no suscitadas en el recurso pero vertidas en demanda y en juicio para concluir declarando -a diferencia de la sentencia recurrida- la improcedencia del despido por tal motivo, es lo cierto que, como apunta la empresa demandada en su escrito de impugnación, el actor "no formuló en su día ningún recurso de suplicación por el que solicitase al TSJ que se pronunciase respecto de aquellas cuestiones que a su derecho convinieran y ni siquiera formuló en su escrito de impugnación alegación similar a la ahora propuesta, por lo que dicho Tribunal resolvió de forma congruente respecto a aquellas cuestiones que se le habían planteado, atendiendo a la naturaleza extraordinaria y (cuasi) casacional del recurso de suplicación que no permite una nueva *cognitio iuris* " .

En efecto, de lo que se desprende del examen del procedimiento, el auto de 30 de marzo de 2012 de la Sala de suplicación desestima la solicitud del actor en orden a que se complemente su sentencia arguyendo que *"en el caso que nos ocupa, el trabajador interesa de la Sala un pronunciamiento sobre una cuestión que efectivamente se planteó en su demanda y sobre la que no se pronunció la sentencia de instancia.....El silencio respecto de la misma se mantiene posteriormente cuando solicitada por el trabajador la subsanación de la sentencia favorable al mismo.....tal subsanación se deniega mediante auto del Juzgado de lo Social nº2 de Tarragona de 26 de abril de 2011 plenamente consentido por el ahora recurrente que **ni siquiera en la impugnación del recurso de suplicación formulado por la empresa (folios 23 a 27) realiza alusión alguna a la necesidad de completar la declaración de hechos probados o a la falta de pronunciamiento sobre una de las cuestiones litigiosas. Así las cosas, dado que el recurso de suplicación planteado por la representación de la empresa... únicamente se dirigió a la censura jurídica de la sentencia de instancia, ninguna posibilidad ha tenido esta Sala de entrar a examinar la corrección o no de la resultancia fáctica de la misma por no haberlo planteado la recurrente **ni el recurrido en la impugnación del recurso** y dado que los límites del debate de suplicación vienen dados por el contenido del recurso y del escrito de impugnación, no puede considerarse que se haya producido falta de pronunciamiento de la Sala sobre una cuestión debatida...."***.

El actor, en efecto, incluso habiendo obtenido sentencia favorable a su pretensión en la instancia pudo recurrirla en suplicación por entender que no se había dado respuesta a cuestiones que considerase esenciales y cuya falta de pronunciamiento pudiera perjudicarle más adelante, lo que estaría legitimado para hacer con amparo en el principio de tutela judicial efectiva del art 24.1 de la C.E. y en el 448.1 de la LEC , en cuanto que a pesar de tal fallo estimatorio, esa omisión era susceptible de afectarle desfavorablemente, y, en todo caso y de todos modos, siempre le quedaba la oportunidad de denunciar dicha deficiencia en su escrito de impugnación al recurso de la empresa, sin que esa oportunidad se mantuviera una vez que la sentencia de suplicación se hubiese dictado, porque ésta debe acomodarse a los términos que el recurso de suplicación y la impugnación correspondiente hayan establecido de antemano. Y si en tal escrito de impugnación del recurso de suplicación sobre no abordarse la temática que ahora se denuncia el actor concluyó solicitando exclusivamente que se desestimase dicho recurso y que se confirmase "en todos sus extremos la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social...", ha precluido la oportunidad que ahora trata de hacer valer en este motivo que, por tanto, ha de desestimarse también, cabiendo añadir, siquiera sea a mero mayor abundamiento, que el pronunciamiento sobre cuestiones no planteadas en el recurso de suplicación ni en la impugnación a que hace referencia la sentencia citada de contraste en este motivo fundado en que no es posible proceder a anular actuaciones de oficio conforme al art 240.2 de la LOPJ , no tiene en cuenta que siempre cabía dar previa audiencia a las partes para que se manifestasen sobre tal extremo y con base en lo que pudieran solicitar al respecto, proceder, en su caso, a decretar dicha nulidad, en vez de descender a resolver sobre lo que no había sido objeto de debate en la propia suplicación.



QUINTO.- El tercer "núcleo" de los citados, relativo a la necesidad de la entrega de la copia de la carta de despido a los representantes de los trabajadores según lo regulado en el art 53.1.a) del ET y el art 122.1.a) de la LPL, menciona de contradicción la sentencia de esta Sala de 18 de abril de 2007 (rcud 4781/2005), ni efectúa la relación precisa y circunstanciada de dicha contradicción ni se contemplan dos casos plenamente coincidentes pues en la referencial se trata de dicha cuestión pero no en la recurrida, pues aunque se señalase previamente en aquélla (hecho quinto de la de instancia) que no hubo comunicación de la extinción del contrato a la delegada de personal y en ésta que se remitió finiquito de la liquidación a los representantes de los trabajadores, la cuestión, como se ha dicho, no se examinó en el presente caso, de modo que no se han fundado en esto dos pronunciamientos contradictorios. Independientemente de ello, en fin, y aun cuando resulte innecesario por lo ya expuesto, cabe añadir que es extrapolable al motivo cuanto se ha argumentado en el anterior respecto a la necesidad de que la cuestión planteada se hubiese formulado de antemano en un recurso de suplicación del propio actor o, al menos, en su escrito de impugnación al de la empresa para que la sentencia de suplicación pudiera haberse pronunciado al respecto.

SEXTO.- Por último, la "alegación" cuarta y definitiva del recurso lleva por título "hechos nuevos y aportación de nuevos documentos: alteración sustancial de las circunstancias concurrentes a la hora de dictar sentencia en el presente recurso", precisando que tales hechos son los recogidos en la sentencia que dice firme nº297/2011, de fecha 14/06/2011 (es decir, cuatro meses posterior a la de instancia de los presentes autos) dictada por el Juzgado de lo Social nº3 de Tarragona, que dicha parte señala como documento nº4, aludiendo después a los arts 231 de la LPL y 271 y 272 de la LEC, y tras extenderse en nuevas consideraciones e insertar algún nuevo cuadro, señala que "de la mencionada sentencia se extrae que se han producido nuevos despidos efectuados con posterioridad (al del recurrente) que han sido declarados nulos por la superación de los límites numéricos y temporales establecidos en los arts 52 c) y 51.1 del ET y que demuestran una vez más la voluntad fraudulenta de la empresa utilizando los despidos por goteo", y reseñando que "con la sentencia que estamos aportando, desde el 20-6-2010 al 16-12-2010 se han producido 33 despidos objetivos..." y que dicho período "se encuentra dentro de los períodos que se deben tener en cuenta en relación al recurrente", a cuyo fin cita dos sentencias de dos TTSSJJ concluyendo que "podemos afirmar que nos encontramos ante un despido colectivo encubierto".

Este motivo tampoco puede prosperar, porque como apunta la empresa demandada en su escrito de impugnación, la cuestión documental ya fue resuelta por auto de esta Sala de 11 de abril de 2013, que decidió no haber lugar a la incorporación de dicho documento y que textualmente decía: "el art. 233 de la LRJS establece, como regla general, que "la Sala no admitirá a las partes documento alguno", si bien, como excepción, prevé que podrá acordar la incorporación "si alguna de las partes presentara alguna sentencia o resolución judicial o administrativa firmes o documentos decisivos para la resolución del recurso que no hubiera podido aportar anteriormente al proceso por causas que no le fueran imputables, y en general cuando en todo caso pudiera darse lugar a posterior recurso de revisión por tal motivo o fuera necesario para evitar la vulneración de un derecho fundamental". Por otra parte, hay que tener en cuenta que la sentencia del Pleno de la Sala de 5 de diciembre de 2007 -en criterio confirmado por las sentencias de 9 de mayo y 11 de octubre de 2011 y 21 de diciembre de 2012, y cuya vigencia ha reiterado el auto de 3 de abril de 2013 (recurso 2310/12)- ha precisado que "tratándose de un recurso como el de unificación de doctrina en el que no cabe la revisión de los hechos probados de la sentencia recurrida, la aportación de documentos, aunque cumpliendo formalmente las exigencias del artículo 270 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que pudieran ser aplicables, ha de encuadrarse más bien en el ámbito del artículo 271 de la citada Ley, que limita la presentación de documentos a las sentencias o resoluciones judiciales o de la autoridad administrativa en su caso que pudieren tener una eficacia condicionante o decisiva para resolver el recurso".

La aplicación de esta doctrina determina que el documento que se aporta no pueda ser admitido, ya que: 1º) pudo ser alegado en suplicación, pues la sentencia recurrida es de 13 de enero de 2012 y la que se intenta incorporar es de 14 de junio de 2011; 2º) se pretende una modificación de los hechos probados impropia de este recurso; 3º) la sentencia aportada se dictó en pleito de despido entre otro trabajador y la empresa demandada en estas actuaciones, no produciendo ningún efecto de vinculación en este proceso, de conformidad con lo establecido en el art. 222.4 de LEC, pues no hay identidad subjetiva en los procesos".

En definitiva, no es posible tener en cuenta los hechos que en esta cuarta y última "alegación" y de un modo más o menos explícito, pretende el recurrente que sirvan de base a su pretensión, en lo que constituye una tácita revisión fáctica con resultado, según la valoración propuesta, de un cálculo diferente al efectuado por la sentencia recurrida para finalmente concluir que se ha sobrepasado el límite normativamente establecido en los despidos en el período a computar según dicha parte, con las consecuencias inherentes a ello, no cabiendo olvidar que como ya dijese nuestra precitada sentencia de 23 de abril de 2012 (rcud 2724/2011) "entrando a resolver la cuestión relativa a la forma de efectuar el cómputo procede señalar en primer lugar que esta Sala, a la hora de fijar la doctrina que estima correcta es libre, lo que quiere decir que no viene obligada en favor de lo resuelto por una de las sentencias comparadas, ni en favor de alguna otra solución que propongan



las partes, sino que puede crear su propia doctrina. En este sentido, la Sala tiene señalado "superado el requisito de la contradicción, es evidente que esta Sala no queda obligada a aceptar una de las dos doctrinas formuladas por las sentencias comparadas" (STS 30/01/03 -rec. 1429/01 -); o lo que es igual, "la Sala debe pronunciarse sobre la solución más ajustada a derecho para el caso controvertido, que puede ser la de alguna de las sentencias comparadas o solución distinta que la Sala establezca como doctrina unificada" (SSTS 14/07/92 -rec. 2273/91 -; 22/09/93 -rec. 4123/92 -; y 21/12/94 -rec. 1466/9 -). Criterio ratificado por el Tribunal Constitucional, al destacar que tal proceder en manera alguna supone incongruencia, pues "el Tribunal Supremo no tiene la carga de tener que optar por una de las dos opciones contrarias, pudiendo recrear una doctrina propia totalmente diferente de las mantenidas por los Tribunales inferiores", S.T.C. 172/1994 " .

Consecuentemente con todo ello y sin posibilidad, por lo antedicho, de descender a determinar el cálculo aplicable al caso en función de las condiciones y circunstancias concurrentes en el mismo, dado el planteamiento del debate en suplicación y en este recurso, la conclusión que se impone es la desestimatoria del mismo, tal y como propone el Ministerio Fiscal en su informe.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de casación para la UNIFICACIÓN DE DOCTRINA, interpuesto por DON Eliseo , contra la sentencia de fecha 13 de enero de 2012 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en el recurso de suplicación núm. 5429/2011 , formulado frente a la sentencia de fecha 15 de febrero de 2011 , dictada en autos 584/2010 por el Juzgado de lo Social núm. 2 de Tarragona seguidos a instancia de dicho recurrente contra ALTRAD RODISOLA S.A. (antes THYSSENKRUPP XERVON, S.A.) sobre DESPIDO. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones al Organismo Jurisdiccional correspondiente ,con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Miguel Angel Luelmo Millan hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.