



Roj: **STS 1759/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:1759**

Id Cendoj: **28079140012017100307**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **06/04/2017**

Nº de Recurso: **3566/2015**

Nº de Resolución: **312/2017**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **ANTONIO VICENTE SEMPERE NAVARRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En Madrid, a 6 de abril de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D^a Elvira , representada y defendida por el Letrado Sr. Guerrero Castro, contra la sentencia de la **Sala de lo Social** del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede en Sevilla), de 15 de abril de 2015, en el recurso de suplicación nº 810/2014 , interpuesto frente a la sentencia dictada el 20 de septiembre de 2013 por el Juzgado de lo Social nº 7 de Sevilla , en los autos nº 1395/2012, seguidos a instancia de dicha recurrente contra la Fundosa Control de datos y Servicios S.A. (FUCODA) Y Fondo de Garantía Salarial, sobre despido. Ha comparecido en concepto de recurrida la Fundosa Control de datos y Servicios S.A. (FUCODA), representada por la Procuradora Sra. Caro Bonilla y defendida por Letrado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Con fecha 20 de septiembre de 2013, el Juzgado de lo Social núm. 7 de Sevilla, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «Que estimando la demanda interpuesta por D^a Elvira , contra Fundasa Control de Datos y Servicios S.A. (FUDOSA) y FOGASA, debo declarar y declaro improcedente el despido actuado por al empleadora demandada contra la parte actora y en consecuencia, condeno a dicha demandada a que, a su elección, la indemnice con 53.214,54 euros, o bien la readmita en su puesto de trabajo en iguales condiciones que antes del despido y le abone los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la fecha de notificación de esta sentencia, a razón del salario declarado en el hecho probado primero de la sentencia, con la advertencia de que dicha opción deberá ejercitarse ante este Juzgado en el plazo de los cinco días siguientes a la notificación de la sentencia, entendiéndose que de no hacerlo así, opta por la readmisión, sin especial pronunciamiento respecto al FOGASA».

Los hechos probados a tener en cuenta para resolución del presente recurso son los formulados como tales por la sentencia del Juzgado, que se reproducen acto seguido:

«1º.- La actora, Elvira , ha venido prestando sus servicios por cuenta de Fundosa Control de Datos y Servicios S.A., desde el 3 de mayo de 1991, con la categoría de preparadora de trabajo y con un salario diario de 56'93 euros.

2º.- La actora es minusválida y presta sus servicios en un Centro Especial de Empleo, situado en Sevilla. La empresa cuenta con otros centros de trabajo en Madrid y Barcelona. En el centro de trabajo de Sevilla existen dos líneas de negocio: el servicio de Gestión Documental y el servicio de Marketing Directo. La actora presta servicios en este último, en el puesto de trabajo de grabador/escaneador. El servicio de Marketing Directo lleva a cabo una actividad de publicidad en papel.

3º.- El servicio de Marketing Directo en el centro de trabajo de Sevilla registró unas pérdidas de 125.022 euros en 2009, de 111.050 euros en 2010, de 145.983 euros en 2011 y de 113.951 euros en el primer semestre se de



2012. El centro de trabajo de Sevilla tuvo en 2011 unas pérdidas de 342.429 euros. La empresa tuvo en 2010 unas pérdidas de 41.002 euros y en 2011 de 92.513 euros.

4º.- La actora fue despedida el 16 de octubre de 2012, conforme al contenido de la carta de 1 de octubre que obra a los folios 641 a 644 y que se tiene aquí por reproducido. La empresa ofreció una indemnización de 20.381'72 euros.

5º.- A raíz del despido ha sido cerrado el servicio de Marketing Directo del centro de trabajo de Sevilla, habiendo sido despedidos por las mismas causas que la actora, 20 trabajadores (incluida la actora). Antes del despido el centro de trabajo de Sevilla contaba con 38 trabajadores y el conjunto de la empresa con más de 300 trabajadores.

6º.- El 22 de octubre de 2012 la empresa contrató a 9 trabajadores, el 6 de noviembre de 2012 a otro y el 16 de noviembre de 2012 también a otro.

7º.- Interpuesta papeleta de conciliación el 7 de noviembre de 2012, resultó sin avenencia el 5 de diciembre, interponiendo demanda el anterior 26 de noviembre.

8º.- El 24 de mayo de 2013 la empresa requirió al Equipo de Valoración de Incapacidades (EVI) del INSS, de Sevilla, que emitiese el informe previsto en el artículo 16.2.c) del Real Decreto 1368/1985, dado que iba a proceder al despido objetivo de Victoria y Dulce (las cuales habían sido despedidas el 16 de octubre de 2012 junto a la actora). El EVI respondió el 5 de junio de 2013 que ello no era de su competencia.»

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de suplicación contra la anterior resolución, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede en Sevilla), dictó sentencia con fecha 15 de abril de 2015, en la que consta la siguiente parte dispositiva: «Que debemos desestimar el recurso interpuesto por la representación Letrada de Dª Elvira y FUNDOSA CONTROL DE DATOS SERVICIOS, S.A., condenando a esta última a la pérdida del depósito efectuado para recurrir y las consignaciones, a las que se dará el destino que corresponda cuando la sentencia sea firme, condenándole en costas, en las que se deberá incluir la cantidad de 600 euros, en concepto de honorarios del Sr. Letrado impugnante de su recurso».

TERCERO .- Contra la sentencia dictada en suplicación, el Letrado Sr. Guerrero Castro, en representación de Dª Elvira, mediante escrito de 23 de septiembre de 2015, formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que: PRIMERO.- Se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Quinta) de 13 de mayo de 2015, asunto C-392/2013. SEGUNDO.- Se alega la infracción del art. 224 de la LRJS, en relación con el apartado e) del art. 207 de dicha Ley, infracción de los arts. 51 y 52 del ET y 122.2.b) y 124.2.b) de la LRJS, en relación con el art. 1.1 de la Directiva Comunitaria 98/59.

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de 20 de abril de 2016 se admitió a trámite el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, y por diligencia de ordenación se dio traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

QUINTO .- Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar improcedente el recurso.

SEXTO.- Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 5 de abril actual, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Términos del debate casacional.

Lo esencial del recurso radica en determinar si debe acudir a la empresa o al centro de trabajo para determinar el número de contratos extinguidos y la unidad de cómputo, a efectos de delimitar las fronteras entre despido colectivo y despido pluri individual.

Como apunta el Informe del Ministerio Fiscal, la cuestión es idéntica a la afrontada por el recurso de casación 36/2016, que desembocó en la STS 848/2016, de 17 de octubre, dictada por el Pleno de esta Sala, *caso Zardoya Otis*. Por razones de seguridad jurídica e igualdad en la aplicación de la ley, a su doctrina hemos de atenernos también en este caso.

1. Hechos y antecedentes relevantes.

A) Reproducidos más arriba los hechos declarados probados por la sentencia del Juzgado de lo Social, no combatidos en suplicación, a nuestros efectos basta con resaltar los más relevantes de ellos:



La actora, afectada por una discapacidad y con categoría de preparadora de trabajo, ha venido prestando servicios para la demandada (Fundosa Control de Datos y Servicios SA) desde el 3 de mayo de 1991, concretamente en el centro especial de empleo (CEE) situado en Sevilla.

La empresa cuenta con otros centros en Barcelona y Madrid.

El 1 de octubre de 2012, con efectos del 16, se le comunica la extinción de su contrato de trabajo por motivos económicos, productivos y organizativos.

En el centro de Sevilla se han extinguido 20 contratos (incluyendo el de la demandante) de los 38 inicialmente existentes y ha sido cerrado el servicio de marketing directo en el que ella prestaba servicios.

El conjunto de la empresa tenía más de 300 trabajadores antes de los despidos.

B) Disconforme con esa extinción por causas objetivas, la trabajadora presenta demanda y el Juzgado de lo Social nº 7 de Sevilla, resolviendo los autos 1395/2012, dicta sentencia con fecha 20 de septiembre de 2013 . La resolución de instancia califica el despido como improcedente.

C) La trabajadora formula su recurso de suplicación articulando un único motivo, al amparo del art. 193.c LRJS . Denuncia la infracción de los arts. 51 y 52 del Estatuto de los Trabajadores (ET); de los arts. 105.2 , 122.2.b) , 124.2.b) y 124.13.c) LRJS ; y del art. 1.1.a) de la Directiva 98/59 . Entiende que la Directiva tiene efectos directos y es más favorable para los trabajadores, por lo que el número de trabajadores computable debe ser en el ámbito del centro de trabajo y no de la empresa en general.

D) La empresa también formaliza su propio recurso de suplicación. Interesa una adición y otra infracción, ambas relacionadas con la función del Equipo de Valoración de Incapacidades y los Equipos Multiprofesionales contemplados en el Real Decreto 1368/1985.

2. Sentencia recurrida.

La STSJ Andalucía (Sevilla) 1027/2015, de 15 de abril , desestima los dos recursos de suplicación interpuestos y confirma el fallo combatido, que declaró la improcedencia del despido. Su argumentación, para rechazar el recurso de la trabajadora, puede resumirse así:

No cabe otorgar efecto directo a lo recogido en la Directiva comunitaria 98/59, sobre aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de despidos colectivos.

Rechaza el motivo dirigido a denunciar infracción del art. 51 del ET , pues el cómputo de trabajadores a efectos de los umbrales del art. 51.1 del ET debe realizarse por centro de trabajo y no en la globalidad de la empresa.

Razona la Sala, con remisión al criterio de la STS de 18 de marzo de 2009 (rec. 1878/2008), seguido en la posterior de 14 de febrero de 2013 (rec. 68/2013), que debe estarse al número total de trabajadores de la empresa.

Sin que ello contravenga lo dispuesto en la normativa comunitaria, al ser la regulación nacional más favorable para los trabajadores en lo que se refiere a la unidad de referencia física. A lo que se añade que se ha acreditado que las pérdidas afectan a toda la empresa.

3. Recurso de casación y escritos concordantes.

A) Con fecha 22 de septiembre de 2015, el Abogado de la despedida formaliza recurso de casación para unificación de doctrina, postulando la declaración de nulidad del despido.

Sostiene que la referencia en cuanto al cómputo de los umbrales numéricos debe situarse en el centro de trabajo donde realizaba sus actividades la trabajadora y no en relación a la empresa en su totalidad. Y como se acredita que en dicho centro de trabajo se han producido un número de extinciones de contratos superiores a los límites legales y la empresa no ha seguido los trámites del despido colectivo, debe declararse la nulidad del cese.

B) Con fecha 17 de mayo de 2016 el Abogado de la empresa formaliza la impugnación al recurso de la trabajadora. Niega que exista la contradicción legal porque la sentencia de contraste aborda el supuesto de empresa perteneciente al sector público y eso justifica que se le extienda la Directiva, mientras que su naturaleza es completamente privada.

Sostiene asimismo que la Directiva de referencia solo obliga a los Estados, y que los particulares perjudicados por su deficiente trasposición deben reclamar al Estado.

Asimismo, en tercer lugar, denuncia la grave quiebra de la seguridad jurídica que se produce si un caso suscitado cuando la jurisprudencia posee determinado sentido se resuelve con arreglo a criterio posterior.



C) Con fecha 9 de junio de 2016, el Fiscal emite su Informe manifestando que comparte en su integridad las alegaciones del escrito de impugnación al recurso: las sentencias no son contradictorias; si hay deficiente trasposición no cabe invocar la aplicación directa de la Directiva frente a particulares; no cabe resolver el caso con arreglo a una jurisprudencia diversa a la coetánea al mismo.

SEGUNDO.- Análisis de la contradicción.

Tanto por constituir un presupuesto procesal del recurso de casación unificadora (art. 219.1 LRJS) cuanto por haberlo cuestionado el escrito de impugnación, hemos de examinar si concurre la preceptiva contradicción entre las sentencias comparadas.

1. Exigencia legal y jurisprudencial.

A) El artículo 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social exige para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina que exista contradicción entre la sentencia impugnada y otra resolución judicial que ha de ser -a salvo del supuesto contemplado en el número 2 de dicho artículo- una sentencia de una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo. Dicha contradicción requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales", SSTS 16/07/2013 (R. 2275/2012), 22/07/2013 (R. 2987/2012), 25/07/2013 (R. 3301/2012), 16/09/2013 (R. 302/2012), 15/10/2013 (R. 3012/2012), 23/12/2013 (R. 993/2013), 29/04/2014 (R. 609/2013) y 17/06/2014 (R. 2098/2013).

B) Por otra parte, la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales, SSTS 14/05/2013 (R. 2058/2012), 23/05/2013 (R. 2406/2012), 13/06/2013 (R. 2456/2012), 15/07/2013 (R. 2440/2012), 16/09/2013 (R. 2366/2012), 03/10/2013 (R. 1308/2012), 04/02/2014 (R. 677/2013) y 01/07/2014 (R. 1486/2013).

C) El requisito de contradicción comporta la necesidad de una igualdad "esencial", sin que por lo tanto medie diferencia alguna que permita concluir que a pesar de la contraposición de pronunciamientos en las sentencias contratadas, ambos puedan resultar igualmente ajustados a Derecho y que por ello no proceda unificar la doctrina sentada. Pero si bien esta labor "normalmente comporta un previo juicio de valor abstracto acerca de la cuestión debatida, hay supuestos en los que la determinación acerca de la igualdad o desigualdad de los presupuestos fácticos requiere simultánea definición sobre el fondo de la cuestión debatida, porque la diversidad o identidad sustancial únicamente se alcanza a determinar si se pone en relación directa con la norma a aplicar, con necesidad de expresar de manera frontal la interpretación que se atribuye a la disposición -legal o convencional- de que se trata (SSTS 09/12/10 -rcud 831/10 -; 30/01/12 -rcud 2720/10 -; y 19/03/13 -rcud 2334/12 -, entre otras).

2. Sentencia de contraste.

Se aporta como sentencia de contraste la dictada POR el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de mayo de 2015 (asunto 382/13), **Rabal Cañas**, en la que se discute y resuelve sobre la interpretación del concepto de "centro de trabajo" que figura en el art. 1 apartado 1 párrafo 1º de la Directiva 98/59 .

También aborda la eventual inclusión, a efectos de la consideración de despido colectivo, de las extinciones individuales de contratos de duración determinada, cuando se producen en el momento en que se cumple el tiempo del contrato o finaliza la tarea encomendada.

En fin, examina asimismo si, para que las extinciones de contratos de trabajo de duración o para obra determinada deban incluirse a efectos de la calificación del despido como colectivo, la causa del cese debe derivarse de la misma contratación colectiva, es decir, la que tiene la misma duración o el mismo objeto.

Dicha sentencia dictamina que la normativa española infringe la Directiva europea al utilizar la "empresa" como única unidad de referencia, concluyendo que: "el artículo 1.1, párrafo primero, letra a) de la Directiva 98/59 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que introduce, como única unidad de referencia la empresa y no el centro de trabajo(...) siendo así que, si se utilizase como unidad de referencia el centro de trabajo, los despidos de que se trata deberían calificarse de despido colectivo (...)".

3. Alcance de la sentencia referencial.



Ministerio Fiscal y empresa recurrida advierten que la sentencia de contraste contiene doctrina solo aplicable a las empresas del sector público (como la empleadora del supuesto allí abordado). Si así fuera estaríamos ante un elemento distorsionador de la identidad exigida a efectos de casación unificadora en el art. 219 LRJS .

Como la doctrina expuesta en el apartado 1 de este Fundamento viene advirtiéndolo, en determinados casos solo cabe pronunciarse acerca de la existencia de contradicción previo examen del fondo del asunto. Es lo que sucede ahora: necesitamos aquilatar si la doctrina sentada por la STJUE en el caso **Rabal Cañas** circunscribe sus efectos a las empresas públicas.

La ya citada STS 848/2016 de 17 de octubre ha abordado esa cuestión con extensos razonamientos que no es menester ahora reproducir. Tras admitir que no procede la aplicación directa de la Directiva se expone que sí cabe una interpretación conforme de la legislación española puesto que el art. 51.1º ET no ha excluido de forma específica y expresa la posibilidad de aplicar ese precepto en referencia al centro de trabajo. Si esta posibilidad no cupiera sería inviable una interpretación conforme al Derecho de la Unión, que resultaría manifiestamente incompatible y contradictoria con el texto de la norma interna dando lugar a un inadmisibles resultado *contra legem* .

4. Consideraciones específicas.

A la vista de lo establecido en el art. 219.2 LRJS consideramos concurrente la contradicción. La sentencia recurrida resuelve el supuesto a la luz de la jurisprudencia de esta Sala Cuarta (SSTS de 18/3/2009, rec. 1878/2008) y 14 octubre 2013, rec. 68/2013) recaída antes de publicarse la sentencia del TJUE ofrecida de contraste.

Mientras la sentencia recurrida mantiene el criterio de que la unidad de cómputo ha de ser siempre la totalidad de la empresa, la sentencia de contraste considera imprescindible que los umbrales numéricos pueden ir referidos al centro de trabajo y no a la globalidad de la empresa.

Cabe resaltar que la opción de la jurisprudencia de esta Sala a favor de la globalidad de la empresa como unidad de referencia en relación a los umbrales del art. 51.1 del ET se basaba en el carácter más favorable de la norma estatal. Pues bien, el TJUE indica en el párrafo 52 de la sentencia de contraste: *"La sustitución del término «centro de trabajo» por el de «empresa» sólo puede considerarse favorable a los trabajadores si dicho elemento supone una añadidura y no implica el abandono o la reducción de la protección conferida a los trabajadores en aquellos casos en los que, si se aplicase el concepto de centro de trabajo, se alcanzaría el número de despidos requerido por el artículo 1, apartado 1, párrafo primero, letra a), de la Directiva 98/59 para aplicar la calificación de «despido colectivo».*

Al aquilatar el alcance de la STJUE referencial, nuestra STS 848/2016 ha privado de soporte a la argumentación acerca de que su doctrina no afecta a las empresas de naturaleza privada. En esas condiciones, que la empleadora del caso **Rabal Cañas** posea naturaleza diversa a la ahora recurrida no comporta que quiebre la preceptiva identidad de supuestos comparados.

TERCERO.- Unidad de referencia a efectos del despido colectivo.

A) Superado el requisito de la contradicción, hemos de recordar nuevamente lo expuesto por la STS 848/2016 de 17 de octubre . Remitiéndonos a sus extensos razonamientos, bastará ahora con recordar una parte de lo afirmado en su Noveno Fundamento, avalando la tesis sostenida por el recurso:

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

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

Como hemos adelantado, la dimensión necesariamente plural del despido colectivo impide la aplicación de este régimen jurídico a cualquier centro de trabajo, lo que nos lleva a insistir en la circunstancia de que esa misma interpretación conforme al Derecho de la Unión del art. 51.1º ET obliga a entender que el concepto de centro de



trabajo, a efectos del despido colectivo, no puede ser otro que el previsto en el art. 1.1º de la Directiva 98/59, esto es, aquel que emplea habitualmente a más de 20 trabajadores, al ser este último requisito cuantitativo consustancial al propio concepto de centro de trabajo en los términos establecidos en la Directiva, sin que en la norma interna haya elementos que permitan ninguna otra posible interpretación diferente en materia de despidos colectivos, y con independencia de la consideración como centro de trabajo que pudieren tener a otros efectos las unidades productivas de la empresa en las que estuvieren empleados un número menor de trabajadores.

B) Significa todo ello que deben calificarse como despido colectivo y respetar por consiguiente el régimen legal aplicable en esta materia, tanto las situaciones en las que las extinciones de contratos computables superen los umbrales del art. 51.1º ET tomando la totalidad de la empresa como unidad de referencia, como aquellas otras en las que se excedan esos mismos umbrales afectando a un único centro de trabajo que emplee habitualmente a más de 20 trabajadores.

C) Puesto que la empresa posee más de 300 trabajadores y se acredita la terminación de 20 contratos, la escala del artículo 51.1 comporta que no se llega al umbral de despido colectivo ("treinta trabajadores en las empresas que ocupen más de trescientos trabajadores") si el mismo se interpreta con arreglo a la doctrina anterior a la STS 848/2016 de 17 de octubre.

Sin embargo, habida cuenta de que el CEE de Sevilla cuenta con treinta y ocho personas empleadas y se extingue el contrato de veinte, sí se supera el umbral de despido colectivo si el cómputo se lleva a cabo en ese exclusivo centro de trabajo ("diez trabajadores en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores", reza el artículo 51.1.a ET).

CUARTO.- Aplicación de jurisprudencia sobrevenida.

A) Como se ha expuesto, nuestras SSTs de 18 de marzo de 2009 (rec. 1878/2008) y de 14 de febrero de 2013 (rec. 68/2013) sostienen una interpretación favorable a la tesis de la empresa. La sentencia recurrida se basa expresamente en tal criterio. El Ministerio Fiscal y la empresa (en su solvente escrito de impugnación al recurso) advierten acerca de la vulneración de la seguridad jurídica. Conforme a su argumentación, teniendo en cuenta que el despido tuvo lugar el 16 de octubre de 2012, y la doctrina de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, contenida en los extensos razonamientos jurídicos de la sentencia de 18.3.2009, no puede declararse la nulidad por no haber seguido la empresa la tramitación de los despidos colectivos, al actuar conforme el tenor literal del art. 51.1 ET.

B) Queda ya explicado repetidamente que nuestra STS 848/2016 de 17 de octubre ha procedido a completar y retocar la doctrina precedente, como en su Fundamento de Derecho Décimo ella misma admite. En los Fundamentos anteriores hemos sintetizado las razones por las que se produce ese cambio de criterio y que alejan la sombra de una arbitraria desigualdad en la aplicación de la ley.

Pese a ello, en la línea justificativa que nos es exigible en casos como el presente debemos añadir algo más para conjurar una eventual protesta sobre la aplicación retroactiva de soluciones ignoradas en el momento del litigio.

C) Por lo pronto, estamos ante un supuesto bien diverso del que surge cuando un asunto ya llevado a los tribunales es normado (retroactivamente) para alterar su previsible solución. En tal caso sí puede considerarse que hay una vulneración del derecho al proceso debido (tutela judicial efectiva) por parte de la ley retroactiva (STEDH 14 enero 2014, *Montalto*).

En el presente caso se trata de que la jurisprudencia ha variado, no de que las normas hayan cambiado y se proyecten sobre hechos anteriores. El canon de irretroactividad desfavorable exigible a las leyes resulta, por tanto, inaplicable. Ello con independencia de que en las relaciones *inter privatos* (como las derivadas de los contratos laborales) esa calificación atinente a perjuicios o beneficios cambia drásticamente en función del sujeto que contemplemos.

D) Nuestro Auto de 26 de octubre 2015 (rec. 2186/2014) y las sentencias que, recientemente han resuelto los recursos 961/2015 y 2185/2015 han tenido oportunidad de afrontar sendos supuestos en los que se aplica solución diversa a la adoptada en casos precedentes, incluso respecto del mismo empleador (extremo que no acaece ahora). Reiteremos, pues, algunas consideraciones allí vertidas:

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que las exigencias de seguridad jurídica y de protección de la confianza legítima de los litigantes no generan un derecho adquirido a una determinada jurisprudencia, por más que hubiera sido constante (STEDH de 18 de diciembre de 2008, caso *Unédic contra Francia*, § 74).



La evolución de la doctrina jurisprudencial no es en sí opuesta a la correcta administración de justicia, ya que lo contrario impediría cualquier cambio o mejora en la interpretación de las leyes (STEDH de 14 de enero de 2010, caso *Atanasovski contra la ex República Yugoslava de Macedonia* , § 38).

La STC 72/2015, de 14 abril , pone de relieve que en el sistema de *civil law* en que se desenvuelve la labor jurisprudencial encomendada al Tribunal Supremo español, la jurisprudencia no es, propiamente, fuente del Derecho -las Sentencias no crean la norma-, por lo que no son miméticamente trasladables las reglas que se proyectan sobre el régimen de aplicación de las leyes. A diferencia del sistema del *common law* , en el que el precedente actúa como una norma y el *overruling*, o cambio de precedente, innova el ordenamiento jurídico, con lo que es posible limitar la retroactividad de la decisión judicial, en el Derecho continental los tribunales no están vinculados por la regla del *prospective overruling* , rigiendo, por el contrario, el *retrospective overruling* (sin perjuicio de la excepción que, por disposición legal, establezca el efecto exclusivamente prospectivo de la Sentencia, como así se prevé en el art. 100.7 LJCA en el recurso de casación en interés de ley).

Hace mucho tiempo que nuestra doctrina constitucional explicó cómo la Sentencia que introduce un cambio jurisprudencial «hace decir a la norma lo que la norma desde un principio decía, sin que pueda entenderse que la jurisprudencia contradictoria anterior haya alterado esa norma, o pueda imponerse como Derecho consuetudinario frente a lo que la norma correctamente entendida dice» (STC 95/1993, de 22 de marzo).

E) Desde luego, no existe vulneración de la tutela judicial efectiva (24.1 CE) ni se infringe el principio de seguridad jurídica (9.3 CE) por el hecho de haber cambiado nuestra doctrina y de resolver un caso con la mantenida (vigente, viva) cuando se decide el mismo.

Dicho abiertamente: no existe vulneración de principios o valores constitucionales como consecuencia de que trabajadores despedidos en las mismas condiciones reciban respuestas heterogéneas, siendo las resoluciones distantes en el tiempo y habiendo mediado en el interregno un cambio doctrinal relevante para el caso. Al aplicar (igual que en supuestos anteriores y posteriores) la doctrina jurisprudencial del momento en que se resuelve lo que hacemos es seguir las exigencias del sistema de fuentes de nuestro ordenamiento.

F) No hay por tanto retroactividad proscrita en la decisión que adoptamos en esta sentencia al resolver el recurso de casación para la unificación de doctrina con arreglo a nuestros precedentes jurisprudenciales recientes y no conforme al criterio sostenido en las SSTS de 18/3/2009 (rec. 1878/2008) y 14 octubre 2013 (rec. 68/2013).

En este sentido resulta pertinente recordar que, aunque al hilo de asunto civil (validez de las "cláusulas suelo" en los préstamos hipotecarios), el 21 de diciembre de 2016 el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Gran Sala, ha dictado sentencia en los asuntos acumulados C-154/15 , C-307/15 y C-308/15 , "caso Gutiérrez Naranjo", en la que se deja sin efecto la limitación temporal que la Sala Primera de este Tribunal Supremo había impuesto a su doctrina sobre nulidad de las mismas.

QUINTO.- Resolución.

A) Prescribe el artículo 228.2 LRJS que *si la sentencia del Tribunal Supremo declarara que la recurrida quebranta la unidad de doctrina, casará y anulará esta sentencia y resolverá el debate planteado en suplicación con pronunciamientos ajustados a dicha unidad de doctrina, alcanzando a las situaciones jurídicas particulares creadas por la sentencia impugnada. En la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo se resolverá lo que proceda sobre consignaciones, aseguramientos, costas, honorarios y multas, en su caso, derivados del recurso de suplicación de acuerdo con lo prevenido en esta Ley. Si se hubiere constituido depósito para recurrir, se acordará la devolución de su importe .*

B) Desestimado el recurso de suplicación de la empresa, pero no cuestionada esa decisión ante este tercer grado, la misma quedó firme y no corresponde ahora realizar pronunciamiento alguno al respecto.

C) Frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social, la trabajadora ha formalizado su recurso de suplicación articulando un único motivo, al amparo del art. 193.c LRJS . Denuncia la infracción de los arts. 51 y 52 del Estatuto de los Trabajadores (ET); de los arts. 105.2 , 122.2.b) , 124.2.b) y 124.13.c) LRJS ; y del art. 1.1.a) de la Directiva 98/59 . Entiende que la Directiva tiene efectos directos y es más favorable para los trabajadores, por lo que el número de trabajadores computable debe ser en el ámbito del centro de trabajo y no de la empresa en general.

Cabalmente, la doctrina que hemos acuñado y reiteramos como correcta conduce a la íntima integración del recurso, declarando la existencia de un despido nulo y la consiguiente obligación empresarial. Recordemos que el artículo 124.13 LRJS prescribe que en casos como el presente (" *Cuando el despido colectivo no haya sido impugnado a través del procedimiento regulado en los apartados anteriores*") juegan determinadas reglas; entre ellas aparece la declaración de nulidad del despido *cuando el empresario no haya realizado el periodo de*



consultas o entregado la documentación prevista en el artículo 51.2 del Estatuto de los Trabajadores , lo que es el caso.

En fin, el artículo 113 LRJS viene prescribiendo que *si el despido fuera declarado nulo se condenará a la inmediata readmisión del trabajador con abono de los salarios dejados de percibir* . Su aplicación es preceptiva por la doble remisión de los artículos 124.13 (" *Cuando el objeto del proceso sea la impugnación individual de la extinción del contrato de trabajo ante el Juzgado de lo Social, se estará a lo previsto en los artículos 120 a 123 de esta Ley* ") y 123.2 (" *Cuando se declare improcedente o nula la decisión extintiva, se condenará al empresario en los términos previstos para el despido disciplinario, sin que los salarios de tramitación puedan deducirse de los correspondientes al período de preaviso* ") de la LRJS.

D) En fin, el artículo 235. LRJS dispone que *La sentencia impondrá las costas a la parte vencida en el recurso, excepto cuando goce del beneficio de justicia gratuita o cuando se trate de sindicatos, o de funcionarios públicos o personal estatutario que deban ejercitar sus derechos como empleados públicos ante el orden social* .

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

: 1) Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D^a Elvira , representada y defendida por el Letrado Sr. Guerrero Castro. 2) Casar y anular la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede en Sevilla), de 15 de abril de 2015, en el recurso de suplicación nº 810/2014 , en lo que afecta al recurso interpuesto por la trabajadora, quedando intacta la desestimación del recurso de la empresa y los efectos de ello derivados sobre depósito, consignaciones y costas. 3) Estimar el recurso de suplicación interpuesto por D^a Elvira contra la sentencia dictada el 20 de septiembre de 2013 por el Juzgado de lo Social nº 7 de Sevilla , en los autos nº 1395/2012, seguidos a instancia de dicha recurrente contra la Fundosa Control de datos y Servicios S.A. (FUCODA) Y Fondo de Garantía Salarial, sobre despido. 4) Declarar la nulidad del despido comunicado por la empresa a la recurrente con fecha 1 de octubre de 2012, condenando a la empleadora a que readmita a la trabajadora, con abono de los salarios dejados de percibir y de las cotizaciones a la Seguridad Social, sin perjuicio del reintegro o compensación del importe de la indemnización que hubiere percibido como consecuencia del referido despido. 5) No realizar imposición de costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Antonio V. Sempere Navarro hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.