



Roj: **STSJ M 9171/2022 - ECLI:ES:TSJM:2022:9171**

Id Cendoj: **28079340012022100682**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **22/07/2022**

Nº de Recurso: **371/2022**

Nº de Resolución: **725/2022**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **IGNACIO MORENO GONZALEZ-ALLER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJS, Madrid, núm. 33, 21-12-2021 (proc. 917/2021) ,
STSJ M 9171/2022**

Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 01 de lo Social

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 , Planta Baja - 28010

Teléfono: 914931977

Fax: 914931956

34002650

NIG: 28.079.00.4-2021/0081180

Procedimiento Recurso de Suplicación 371/2022

ORIGEN: Juzgado de lo Social nº 33 de Madrid **Despidos** / Ceses en general 917/2021

Materia: **Despido**

Sentencia número: **725/2022**

D

Ilmos. Sres.

D. IGNACIO MORENO GONZALEZ-ALLER

D. JOSE LUIS ASENJO PINILLA

D. EMILIO PALOMO BALDA

En la Villa de Madrid, a 22 de julio de 2022, habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección Primera de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, compuesta por los Ilmos. Sres. citados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución española de 27 de diciembre de 1.978,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A

En el recurso de suplicación número 371/2022, interpuesto por D. Miguel Ángel , contra la sentencia de fecha 21 de diciembre de 2021, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 33 de los de MADRID, en sus autos



núm. 917/2021, en virtud de demanda deducida por la citada parte recurrente frente a PAGINAS AMARILLAS SOLUCIONES DIGITALES S.A., figurando también como parte el FOGASA, sobre **DESPIDO**, siendo Magistrado-Ponente el Ilmo. Sr. D. IGNACIO MORENO GONZALEZ-ALLER, y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Según consta en los autos, se presentó demanda por la citada parte actora contra la mencionada parte demandada, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, tras los pertinentes actos procesales de tramitación y previa celebración de los oportunos actos de juicio oral, en el que quedaron definitivamente configuradas las respectivas posiciones de las partes, dictó la sentencia referenciada anteriormente.

SEGUNDO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos en calidad de expresamente declarados probados:

"PRIMERO: Miguel Ángel, mayor de edad y NIF nº NUM000, ha prestado servicios para PAGINAS AMARILLAS SOLUCIONES DIGITALES SA ("Bee Digital") con +300 trabajadores, antigüedad de 27-5-1999 por sucesión de contratos con ETT hasta llegar al indefinido de YELL de 9-2-2004 (hecho segundo de demanda que se da por reproducido), categoría de Técnico en la Unidad de Planificación y Objetivos comerciales inserta en el Departamento de Business Intelligence del Área de Business Analytics adscrita a la Dirección de Transformación y Oficina del CEO, con salario de 37.131,35€/año por nóminas, sin ser representante de trabajadores y rigiéndose la relación por el C.colectivo propio de la empresa (BOE nº 260 de 1-11-2021).

Se notifica la intención de llevar a cabo un ERTE por causas organizativas y productivas debido a la Covid-19 tanto suspensivo como de reducción de jornada (329 reducción y 3 suspensivos) de entre el 15% al 70% que se aprueba por Acuerdo de la representación de trabajadores de 13-4-2020 comprensivo sólo de reducción de jornada para toda la plantilla de 332 trabajadores y efectos de 15-4-2020 a 14-9-2020 (docs 19 a 21). Hay Acta de infracción de la Inspección de Trabajo relacionado con el ERTE que no es objeto de la causa y además se ha recurrido en Alzada (doc 23 y 24).

*SEGUNDO.- Se remite al actor carta fechada a 28-7-2021 que se da por enteramente reproducida conteniendo su **despido** objetivo con efectos del mismo día y causas de tipo económico centradas en nueva disminución persistente de los ingresos ordinarios o ventas de la empresa que conducen además a la amortización necesaria de su puesto de trabajo como se detalla, cuantificando la indemnización en 26.278€ por 20d salario + preaviso que se abona por transferencia Banco Santander de 28-7-2021 con 0,06€ de gastos, comunicándose al mismo tiempo a la representación de trabajadores (docs 1 a 4).*

*Si bien las cartas de **despido** de él y otros compañeros según autos poseen una redacción semejante en su inicio como consta al tratarse de la situación de una misma empresa, varían los periodos según FY y acto seguido se bifurca cada una centrándose en el específico puesto de trabajo.*

TERCERO.- La empresa efectúa en su carta un amplio y detallado desglose de las causas invocadas partiendo de un Ejercicio Fiscal (FY) computado de 1 abril a 31 de marzo acompañado de estadísticas, gráficos de barras, listados-detalle de cifras y organigramas por secciones que se dan por íntegramente reproducidos dada su extensión:

1. Disminución persistente de ingresos durante 3 trimestres consecutivos tomando como o perspectiva el 1T FY2022 (abril a junio 2021) dividido en:

1.1. Descenso de ingresos o 49.205€ en FY2021 (abril 20 a marzo 21) de -19,1% respecto al FY2020 o 60.789€ siendo del -35% la caída de ingresos de FY2018 a FCY2021 o 25.939€, continuando en el FY2022 (abril 2021 a marzo 2022) ingresos a cierre de 1ºT 12.050€ o -4,6% frente a 12.632€ del 1ºT FY2021, motivado por la negativa evolución del sector de Publicidad y Marketing, aumento de la competencia sobre todo en redes sociales o a nivel digital abandonando el tradicional papel y proceso de transformación digital de la Sociedad ahondando en el progresivo fin del uso del papel en la actividad del grupo tras pérdida progresiva del número de clientes (gráficos de barras por FY 2018 a 2021) pasando de 84.008 a 56.299 a razón de -11%, -13% y -11% cada año donde van incluidos clientes procedentes de alianzas con terceros que les facturan de forma directa, por lo que tomando sólo los propios de la empresa son 51.798 con -18% FY2021 y - 45% respecto al FY2018;

1.2. Evolución comparativa por trimestres separados reseñando listados completos de ingresos desde el FY2018 a FY2022 que suman en 2018 70.051 o -12,6%, en 2019 64.083 o -8,5%, en 2020 58.431 o -8,8% y 2021 47.634 o -18,5% siendo ya el 1T 2022 del -3%, con correspondencia a la BI del modelo 303 de IVA mensual (doc 18) y



evolución de ingresos por trimestres del negocio consolidado de 2018 75.144 o -13,15%, 2019 67.633 o -10%, 2020 60.789 o -10,1%, 2021 49.205 o - 19,1% y ya el 1T 2022 del -4,6%;

1.3. Sobredimensionamiento de recursos y costes de personal ante la situación generada que ha venido siendo moderada en relación a las pérdidas observadas con -14.030€ por cada empleado del FY2018 a FY2021 o -13%.

2. Medidas adoptadas los 6m previos o política de alianzas con otras corporaciones, inversión en canal de venta on line, medidas de reorganización comercial (explicadas en folio siguiente) todas insuficientes,

3. Nuevas medidas a adoptar o revisión de Áreas de trabajo que va unido indisolublemente al 4. Afectación del puesto de trabajo desarrollando mediante todo tipo de gráficos, barras y organigramas para mayor comprensión del actor como Técnico en la Unidad de Planificación y Objetivos comerciales inserta en el Departamento de Business Intelligence del Área de Business Analytics adscrita a la Dirección de Transformación y Oficina del CEO, siendo sus funciones las de comunicación de objetivos trimestrales el 1er día hábil del trimestre por carta acaparando esta labor el 40% de objetivos, atender reclamaciones o peticiones de información en relación a los objetivos comerciales que acapara el 25% de objetivos y ajuste de objetivos de los asesores de la Dirección de Ventas de canales directos (Mikonos y Venta directa) derivados de la pérdida de jornadas acaparando otro 25% de sus objetivos, funciones que se habían visto reducidas al máximo en gran parte por la automatización entre otros del proceso de construcción y envío de las cartas con la herramienta de cálculo Xactly y limitación de la estructura comercial interna.

Se aporta como doc 27 Informe pericial de experto independiente CMC a octubre 2021 sobre justificación de las causas económicas de las cartas de **despido** de julio 2021 ratificado por unos los autores, Sr Daniel , que se da por reproducido.

CUARTO.- En la CCC NUM001 del año 2019 consta de enero a marzo 29 bajas, de abril a junio otras 7, ninguna de julio a septiembre y 25 de octubre a diciembre (doc 6), en 2020 1- 12-2020 a 28-2-2021 no hay bajas (doc 9), del año 2021 de 1 marzo a 18 julio constan 26 bajas (docs 8 y 8 bis), con Listado Nominativo total de bajas (todas las causas: voluntarias, no superación de prueba, jubilación, **despidos** objetivos, disciplinarios etc) de 2018 a 2021 (doc 10) que por **despido** objetivo son 22 en 2018, 60 en 2019, 2 en 2020, y 53 en 2021 a fecha 13-10-2021 (27 en marzo, 24 en julio, 1 en agosto, 1 en octubre), habiendo efectuado la empresa un total de 17 altas desde 2019 (doc 11).

QUINTO.- La empresa tiene las Cuentas Anuales registradas e informes de Auditoria de 2016 y 2017, 2018, 2019 a marzo 2020 con Certificados del Depósito de las mismas en el RRMM, docs 13 a 17)

SEXTO.- Se presenta papeleta al SMAC con fecha registro de 6-8-2021 sin constar celebrado acto conciliatorio en los 30d preceptivos. La demanda es de 6-8-2021. .".

TERCERO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

"Que DESESTIMANDO la demanda presentada por Miguel Ángel frente a PAGINAS AMARILLAS SOLUCIONES DIGITALES SA, debo ABSOLVER Y ABSUELVO a la demandada de todas las pretensiones deducidas en demanda".

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte DEMANDANTE, formalizándolo posteriormente; tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de suplicación, a esta Sala de lo Social de Madrid, tuvieron los mismos entrada en esta Sección Primera en fecha 28 de marzo de 2022, dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia de 12 de mayo de 2022 para su tramitación en forma, designándose al Magistrado Don José Luis Asenjo Pinilla.

SEXTO: Designado nuevo Magistrado-Ponente mediante Providencia de fecha 15 de junio de 2022, visto el resultado de las deliberaciones y la postura mantenida por el Magistrado ponente designado originariamente, pasaron los autos al Magistrado Don Ignacio Moreno González-Aller, para su conocimiento y estudio, señalándose el día 20 de julio de 2022 para los actos de votación y fallo.

SEPTIMO: En la tramitación del presente recurso de suplicación no se ha producido ninguna incidencia.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se alza en suplicación el actor contra sentencia del Juzgado de lo Social nº 33 de los de Madrid de fecha 21 de diciembre de 2021, dictada en sus autos 917/2021, que desestimó la demanda rectora de autos, dirigida frente a PAGINAS AMARILLAS SOLUCIONES DIGITALES SA, tendente a declarar la nulidad o



improcedencia de la decisión extintiva empresarial por causas objetivas de índole económica y organizativa, que tuvo efectos del 28-7-21.

El recurso se compone de un total de diez motivos, ordenados respectivamente en los apartados a), b) y c) del art. 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, habiendo sido impugnado por la empresa demandada, que se opone al mismo.

SEGUNDO.- Por el cauce procesal del apartado a) del art. 193 de la LRJS, el primer motivo denuncia infracción de normas y garantías del procedimiento, en concreto del artículo 120 LRJS en relación con el art. 105 de la citada norma procesal, sosteniendo que, tratándose de un procedimiento por **despido**, no se procedió a la inversión en el orden de intervención en el acto del juicio oral, impidiéndose a la parte efectuar sus alegaciones; lo que ha de ocasionar, a su juicio, la nulidad de actuaciones hasta el momento previo a la celebración del juicio. Invoca la Sentencia de esta Sala de lo Social del TSJ de Madrid, 217/2011 de 23 de marzo, argumentando que se vio privado de efectuar sus alegaciones pudiendo intervenir únicamente en la valoración de la prueba en la fase de conclusiones; habiendo efectuado respetuosa protesta.

Decía a propósito de dicha cuestión la STS de 24-09-12 (rcud 2328/2011) lo siguiente:

*"La novedad introducida en 1990 en la redacción del art. 105 de la LPL , consistente en la alteración de las posiciones procesales de las partes en el **despido** disciplinario -aplicable a los **despidos** objetivos, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 120 de la misma Ley procesal- en orden a que sea el empresario demandado el primero en exponer sus posiciones, no constituye una inversión de la carga de la prueba, ni exonera al empresario demandado de la carga de probar la veracidad de los hechos que imputa al trabajador en el caso del **despido** disciplinario, o de las causas que alega en el caso de la extinción objetiva del contrato, pudiendo limitarse el trabajador a afirmar o negar los hechos contenidos en la comunicación empresarial. Consecuentemente el hecho de que no se invierta el orden de las intervenciones no siempre impide que cada una de las partes pueda ejercitar su defensa de acuerdo con los principios esenciales del procedimiento en materia de alegaciones y de aportación y carga de la prueba, por lo que esta exigencia de inversión de las intervenciones lo que hace es contribuir a que el trabajador pueda articular mejor su derecho a la defensa, pero no la impide necesariamente.*

*Así se desprende de la doctrina constitucional (sentencia 130/1998 de 16 de junio , en la que se señala que esta iniciativa en los trámites de alegaciones, prueba y conclusiones, que el art. 105.1LPL atribuye al empleador, enlazando con diversos principios constitucionales, "no solo se ajusta al principio de igualdad procesal, sino que contribuye a que el trabajador pueda articular una defensa mas adecuada..... [porque].... **el éxito de la pretensión del actor no dependerá tanto de la eficacia de su defensa cuanto del fracaso de las alegaciones y prueba del empleador demandado, el trabajador ocupa realmente la posición de parte demandada y, en consecuencia, puede limitarse a afirmar o negar los hechos contenidos en la carta de **despido**** (art. 85.2LPL)".*

El mismo Tribunal Constitucional y esta Sala (entre otras, en sentencias de 30/1/04 (RJ 2004, 2580) , Rcd. 3221/02 y de 3/10/06 (RJ 2006, 8018) , Rcd. 146/05) han declarado que la nulidad de actuaciones constituye una medida excepcional que debe quedar reservada para casos extremos de una total indefensión, de modo que no basta que se produzca una vulneración de normas procesales sino que es preciso que ello haya determinado una indefensión material a la parte que la invoca, ya que la nulidad no deriva de cualquier infracción o vulneración de normas procesales sino de que esta vulneración le haya producido al interesado un efectivo y real menoscabo del derecho de defensa. Como dice el Auto del TC 3/1996, de 15 de enero (RTC 1996, 3) "Para que las irregularidades procesales produzcan el radical efecto de nulidad de actuaciones es preciso que..... la indefensión que produzcan ha de ser material y efectiva y no simplemente posible", es decir, que el citado defecto haya causado un perjuicio real y efectivo para el demandado en sus posibilidades de defensa (STC 43/1989 (RTC 1989, 43)) pues el concepto de indefensión con relevancia constitucional no coincide necesariamente con cualquier indefensión de carácter meramente procesal, ni menos con cualquier infracción de normas procesales.

*Pues bien, aunque la alteración del orden de intervención de las partes en las alegaciones prueba y conclusiones ordenada por el art. 105LPL , es norma imperativa, su inobservancia únicamente tendrá esa trascendencia en el caso de que haya producido indefensión a la parte que la invoca, y en el caso que ahora debatimos no hubo tal, puesto que la sentencia recurrida afirma en sus fundamentos jurídicos que "la indefensión está meramente aducida pero sin probar que haya sido real y verdadera, y en este sentido no hay duda de que al demandante le ha sido factible oponerse a su **despido** mediante los argumentos que ha estimado exponer conforme a su derecho e interés, así como lograr la práctica de la prueba tendente a contradecir las causas de su **despido**, y valorar el contenido de la misma pese a que las respectivas posiciones de las partes no se hiciera según la regla establecida en la norma procesal citada. La nulidad postulada con el efecto de repetir el juicio hace que este nuevo acto procesal sea innecesario teniendo en cuenta que en la celebración del mismo el demandante contó con todas las garantías, aunque actuara en primer lugar en las tres fases de la vista oral,*



y aún siendo incuestionable que no se hizo ajustadamente al mandato legal, ha de mantenerse la validez de todas las actuaciones habidas desde que el juicio dio comienzo, por no verificarse la indefensión que se aduce”.

En aplicación de los criterios expuestos, resulta evidente que la parte actora al ratificar su demanda se opuso a la extinción por causas objetivas, por los motivos que pormenorizadamente se contenían en la misma, sin dejar constancia de ninguna otra alegación novedosa no expuesta en dicha demanda. Incumbía a la empresa exponer sus posiciones y probar las causas de **despido** expuestas en la carta extintiva. El actor, al ratificar su demanda, estaba alegando la oposición al **despido**, por los motivos que en aquella exponía; se le permitió practicar las pruebas que estimó convenientes, tendentes a contradecir las causas de su **despido** y valorar la práctica de la prueba de ambas partes; pese a que se incumpliera la regla establecida en la norma procesal citada respecto al orden de intervención.

Llegados a este punto, resulta innecesaria la repetición del acto del juicio, y la nulidad de las actuaciones pretendida, habida cuenta que la parte actora, pese a esa omisión del trámite de alegaciones, contó con todas las garantías, por cuanto aun no habiéndose alterado el orden de intervención se le permitió ratificar su demanda en primer lugar, pudiendo haber introducido en dicho trámite las alegaciones nuevas que no estuvieran contenidas en aquella, y no lo hizo; resultando, por tanto, superfluo establecer un nuevo turno de palabra, para ampliar la oposición a las causas de **despido**, ya realizada en el escrito de demanda, en el que ningún límite de folios se le impuso. En consecuencia, y aún siendo incuestionable que el orden de intervención no se ajustó al mandato legal (art. 120 LRJS en relación al art. 105 LRJS), debe mantenerse la validez de todas las actuaciones, al no acreditarse indefensión alguna.

Al hilo de lo anterior, y cual viene señalando el Tribunal Constitucional, en el contexto del art. 24.1 CE *la indefensión* es una noción material que se caracteriza por entrañar una privación o minoración sustancial del derecho de defensa, así como un menoscabo de los principios de contradicción y de igualdad procesal de las partes, que impide o dificulta gravemente a una de ellas la posibilidad de alegar y acreditar en el proceso su propio derecho o de replicar dialécticamente la posición contraria en igualdad de condiciones con las demás partes procesales [SSTC 48/1984, 70/1984, 48/1986, 89/1986 y 12/1987]. Y al actor hoy recurrente no se le impidió alegar y probar en juicio las razones por las que se oponía al **despido** objetivo; ni tampoco se le impidió valorar adecuadamente las pruebas practicadas por la empresa para justificar el mismo; con lo que el motivo debe ser necesariamente desestimado, alineándonos con el criterio de la Sección Quinta de este tribunal en sus sentencias de 19 de mayo de 2022, recurso 248/2022, y de 6 de junio de 2022, recurso 263/2022, abordando esta misma cuestión en relación con los **despidos** objetivos de otros dos trabajadores, en asuntos esencialmente idénticos.

A más a más, y en el particular supuesto aquí enjuiciado, tras comprobar la grabación de la vista oral, no apreciamos que el actor formulara protesta alguna, pese a lo que afirma, y tal como es preceptivo - art. 191.2.d), de la LRJS-. En ese orden de cosas y tras contestar Páginas Amarillas a la demanda en la vista oral, la Juzgadora pasó al trámite de prueba de manera inmediata y sin conceder de nuevo la palabra al Sr. Miguel Ángel . Pero el citado no protestó en ese momento, que era el más adecuado; ni, tampoco, en el de conclusiones. El propio inicio de la vista oral es muy revelador. Así, cuando toma la palabra la parte actora para ratificarse en la demanda se remite a las alegaciones y conclusiones realizadas en un proceso anterior, es decir, viene a reiterar lo entonces ya alegado. Aspecto que cobra plena significación si, como reconoce el ahora recurrente, -pág. 3, de su escrito-, ese mismo día se habían celebrado otros juicios similares ante esa mismo Juzgado y con anterioridad al suyo; de ahí la reproducción expositiva. Pero es que, además, lo dicho por el trabajador en el trámite ratificatorio superó lo que es propio del mismo - art. 85.1, del LRJS-, y durante más de 3 minutos se extendió en toda clase de argumentos que excedían a lo que es la ratificación de la demanda y en un procedimiento por **despido**.

TERCERO.- Por el mismo cauce del apartado a) del art. 193 LRJS, el segundo motivo insta la declaración de nulidad de la resolución impugnada, con reposición de las actuaciones al momento procesal inmediatamente anterior al de dictar sentencia por entender que concurre infracción de normas o garantías del procedimiento con la correlativa provocación de indefensión, denunciando infracción del artículo 97.2 de la LJS, en relación con el artículo 218.1 de la LEC y los artículos 120.3 y 24 de la Constitución Española.

Hace valer básicamente la Sentencia de instancia adolece de un vicio esencial, cual es la falta de una adecuada y suficiente motivación con respecto a la existencia de un **despido** colectivo de hecho y a la propia existencia de causas objetivas que justifiquen el **despido** del actor, y además, que adolece de incongruencia omisiva al no pronunciarse sobre cuestiones que fueron debidamente planteadas y extensamente debatidas en el acto de juicio oral , en concreto, si las invocadas para sustentar el actual **despido** son o no las mismas que las previamente invocadas par acudir a un ERTE relacionado con el COVID 19.



Para obtener una declaración de nulidad de la sentencia, como postula en este segundo motivo el recurrente, es menester, y entre otros requisitos, que el procedimiento de instancia haya infringido una norma procesal o una de las garantías de esa misma naturaleza explícitas en la Constitución, sobre todo en el art. 24.1. Sin embargo, no basta con que el órgano judicial haya incurrido en alguna irregularidad; sino que además es imprescindible que tal infracción determine la indefensión del afectado - sentencia del Tribunal Constitucional 158/1989-. Indefensión no solo en un sentido puramente formal, sino también material - SSTCO 158/1989 y 124/1994-. Dicha situación, recordemos, supone impedir el ejercicio de la potestad de alegar y demostrar en el proceso los propios derechos y, en su manifestación más trascendente, se constituye en obstáculo insalvable para ejercitar el de defensa del afectado. Se le priva, de esa manera, el justificar sus derechos e intereses para que le sean reconocidos, o para replicar dialécticamente las posiciones contrarias en la ejecución del indispensable principio de contradicción -STCO sentencia 89/1986-.

No se nos oculta la motivación de las resoluciones judiciales no sólo viene impuesta por el art. 120.3 CE, sino que es una exigencia derivada del art. 24.1 CE que tiene el fin de que se puedan conocer las razones de la decisión que aquéllas contienen, posibilitando su control mediante el sistema de los recursos, a la par que está directamente relacionada con los principios de un Estado de Derecho [art. 1.1 CE] y con el carácter vinculante que para Jueces y Magistrados tiene la Ley, y que en todo caso es garantía de que la decisión no sea consecuencia de una aplicación arbitraria de la legalidad, no resulte manifiestamente irrazonada o irrazonable o incurra en un error patente, ya que en tal caso la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia [sobre tales extremos, SSTC 24/1990, de 15/Febrero, FJ 4 ; 3/2011, de 14/Febrero, FJ 3 ; y 183/2011, de 21/Noviembre, FJ 5. Y SSTS 18/11/10 -rco 48/10 -; 23/11/12 -rco 104/11 -; y 21/10/13 -rco 104/10 -).

Pero la exigencia se cumple cuando, como se deduce de los autos, aunque sea escuetamente, se expresan los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión, poniendo así de manifiesto la ratio decidendi del fallo judicial y permitiendo conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales determinantes de la decisión jurisdiccional (SSTC 196/1988, de 24/Octubre, F. 2 ; 172/2004, de 18/Octubre, FJ 3 ; y 247/2006, de 24/Julio . En igual sentido, SSTS 11/07/07 -rco 94/06 -; 18/11/10 -rco 48/10 -; y 23/11/12 -rco 104/11 -). En todo caso, es consolidada doctrina -constitucional y ordinaria- que resulta indiferente la extensión de la motivación, pues el deber de motivación " *no autoriza a exigir un razonamiento judicial exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión que se decide, sino que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones judiciales que vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundadores de la decisión*" (SSTC 14/1991, de 28/Enero ; 66/1996, de 16/Abril, FJ 5 ; 115/1996, de 25/Junio, FJ 2 ; y 184/1998, de 28/Septiembre , FJ 2. Y STS 21/10/13 -rco 104/12 -); de manera que la motivación no está necesariamente reñida con el laconismo y la economía de los razonamientos, sin que sea necesaria la exhaustiva descripción del proceso intelectual ni la pormenorizada respuesta a las alegaciones de las partes, porque no obliga al " *paralelismo servil del razonamiento que sirve de fundamento a la resolución judicial con el esquema discursivo de los escritos forenses donde se contienen las alegaciones de los litigantes*" (sobre todo ello, SSTC 36/1989, de 14/Febrero, FJ 4 ; 160/2009, de 29/Junio, FJ 6 ; y 3/2011, de 14/Febrero , FJ 3. SSTS 30/09/03 -rco 88/02 ; 16/12/09 - rco 7209-; 15/07/10 -rco 219/09 -; y 21/10/13 -rco 104/12 -).

A todo lo anterior hemos de añadir que una solicitud de esa naturaleza es contraria a los principios de economía y rapidez procesal - art. 74.1, de la LRJS-. Ello determina que únicamente pueda decretarse la nulidad cuando la infracción sea de tal calado que haya ocasionado verdadera indefensión. Es decir, y por su carácter excepcional, debe ser el último remedio a adoptar y cuando no exista otra alternativa.

En fin, la nulidad ha de aplicarse con criterio restrictivo evitando inútiles dilaciones, que serían negativas para los principios de celeridad y eficacia, por lo que solo debe accederse a la misma en supuestos excepcionales, y en todo caso, se exige que la infracción alegada haya causado a la parte una verdadera indefensión, o sea, merma efectiva de sus derechos de asistencia, audiencia o defensa, sin que la integridad de las mismas sea posible a través de otros remedios procesales que no impliquen la retroacción de actuaciones; no procediendo la misma cuando se pueda paliar el defecto apreciado a través de otros remedios procesales, como es la formulación de motivos de revisión fáctica, al amparo del apartado b), como efectivamente en este caso se hace.

Pasamos a examinar la incongruencia omisiva denunciada también en este segundo motivo.

A tenor del art. 218.1 LEC:

"Las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones de las partes, deducidas oportunamente en el pleito. Harán las declaraciones que aquéllas exijan, condenando o absolviendo al demandado y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate.



El tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de Derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes".

Por lo que se refiere a la incongruencia omisiva que se alega por el recurrente, en concreto por la falta de pronunciamiento sobre si las causas de **despidos** son las mismas que las invocadas en el ERTE Covid en abril de 2020, nos recordaba la reciente STS nº 1171/2021 de 30 noviembre, con cita de las anteriores del Pleno de fecha 25.01.2021 y de 18-11-21, y con remisión al efecto a una consolidada doctrina del Tribunal Constitucional (STC 91/2003, de 19 de mayo (RTC 2003, 91) y 218/2003, de 15 de diciembre de 2.003 (RTC 2003, 218), entre otras muchas), que ha de entenderse por incongruencia omisiva o ex silentio el " *desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes formularon sus pretensiones, concediendo más o menos, o cosa distinta de lo pedido*" (SSTC 136/1998, de 29 de junio) y 29/1999, de 8 de marzo) que entraña una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva siempre y cuando esa desviación sea de tal naturaleza que suponga una sustancial modificación de los términos por los que discurra la controversia procesal (STC 215/1999, de 29 de noviembre). Lo que en el supuesto de la incongruencia omisiva o ex silentio, que aquí particularmente importa, se produce cuando el órgano judicial deja sin respuesta alguna de las cuestiones planteadas por las partes, siempre que no quepa interpretar razonablemente el silencio judicial como una desestimación tácita, cuya motivación pueda inducirse del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución, pues la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva no exige una respuesta explícita y pormenorizada a todas y cada una de las alegaciones que se aducen como fundamento de la pretensión, pudiendo ser suficiente a los fines del derecho fundamental invocado, en atención a las circunstancias particulares del caso, una respuesta global o genérica a las alegaciones formuladas por las partes que fundamente la respuesta a la pretensión deducida, aun cuando se omita una respuesta singular a cada una de las alegaciones concretas no sustanciales.

Hay incongruencia omisiva cuando falta el pronunciamiento sobre alguna pretensión que hubiera sido llevada al proceso en el momento procesal oportuno, siempre que no quepa interpretar razonablemente el silencio judicial como una desestimación tácita.

Debe distinguirse, por tanto, entre "pretensiones" y "alegaciones". En el presente supuesto, la pretensión contenida en la demanda era la declaración de nulidad, o subsidiariamente de improcedencia del **despido** impugnado, por varios motivos que se alegaban en el escrito de demanda (superación de los umbrales del art. 51ET; identidad con las causas que originaron el ERTE, prohibición de despedir ex art.2 RD 9/202); la sentencia recurrida deja constancia en el hecho probado primero del ERTE por causas organizativas y productivas debido a la Covid-19, de 15-04-20 a 14-09-20; y seguidamente se consigna el **despido** llevado a cabo casi un año después, el 28-07-21 (hecho probado segundo), y las causas esgrimidas en la carta extintiva (hecho probado tercero), razonando en el fundamento de derecho tercero que se acreditaron tales causas, en concreto, la mala situación económica, avalada por Informe pericial ratificado en juicio; con lo que, aún omitiendo una respuesta singular a cada una de las alegaciones concretas que contenía la demanda, se da respuesta adecuada a la pretensión deducida, pudiendo deducirse con facilidad la desestimación tácita de la alegación ahora referida.

Se desestima el segundo motivo.

CUARTO.- El tercer motivo, y por el cauce esta vez del apartado b) del art. 193 LRJS, interesa adicionar este párrafo al hecho probado primero:

"En el Informe Técnico sobre las circunstancias productivas y organizativas que justifican dicho ERTE constan como causas (pág. 12 a 17): la disminución de ingresos con una caída de casi un 40% desde el ejercicio 2.016 al 2.020, la reducción de clientes vivos en cartera con una caída del 38% en el ejercicio 2.020 con respecto al ejercicio 2.015, la disminución persistente de su nivel de ingresos, acumulando desde el primer trimestre de 2.017 al tercer trimestre de 2.020 un total de 15 trimestres consecutivos de caídas de ingresos, la contracción de los márgenes de contribución, viéndose reducido en un 36% entre el ejercicio 2.016 y el 2.019, el deterioro del EBITDA en el ejercicio 2.020 en un 60% con respecto al del ejercicio 2.016 y el sobredimensionamiento en recursos y costes de personal".

Soporta la revisión en el propio Informe Técnico del ERTE aportado por ambas partes en el ramo de prueba documental: DOCUMENTO NÚM. 20 del demandante (Folios 253 a 280) y DOCUMENTO NÚM. 18 de la parte demandada (Folios 407 a 420).

Pero, como se indica por la sentencia de la Sección Quinta de este tribunal de 6 de junio de 2022, recurso 263/2022, dando respuesta a idéntico motivo y redacción adicional propuesta, el ERTE llevado a cabo viene referido en el ordinal segundo de la sentencia de instancia, dando por reproducido los folios relativos al mismo, que la Sala puede considerar. Por otra parte, se pretende a través del presente motivo que la Sala examine y valore nuevamente todo el contenido del Informe Técnico del ERTE aportado en Autos, que fue ya valorado por



la Juzgadora de instancia, sin identificar concretamente el punto que supuestamente evidencia el error claro de la juzgadora de instancia, no pudiendo pretender el recurrente que la Sala realice una valoración distinta de una prueba que la juzgadora "a quo" ya tuvo presente e interpretó de una determinada manera, evitando todo subjetivismo parcial e interesado en detrimento del criterio judicial, más objetivo, imparcial y desinteresado.

A este respecto, la jurisprudencia excluye que la revisión fáctica pueda fundarse "salvo en supuestos de error palmario (...) en el mismo documento en que se ha basado la sentencia impugnada para sentar sus conclusiones, pues como la valoración de la prueba corresponde al Juzgador y no a las partes, no es posible sustituir el criterio objetivo de aquél por el subjetivo juicio de evaluación personal de la recurrente" (STS de 6 de junio de 2012, rec. 166/2011, con cita de otras muchas). Con lo que el motivo se desestima.

QUINTO.- Con el mismo designio en el apartado b) del artículo 193 LRJS, y sustento en los documentos que cita, el siguiente motivo, ordenado como cuarto, interesa la supresión del último párrafo del hecho probado segundo, que señala "Si bien las cartas de **despido** de ella y otros compañeros poseen una redacción semejante en su inicio como consta al tratarse de la situación de una misma empresa, varían los períodos según FY y acto seguido se bifurca cada una centrándose en el específico puesto de trabajo".

Y propone la sustitución del mismo por otro del siguiente tenor literal:

"Obran en autos cartas de **despido** por causas económicas y organizativas entregadas por la empresa en los meses de Marzo y Abril de 2.021. En las mismas la empresa alega disminución de ingresos, reducción de clientes, sobredimensionamiento en recursos y costes de personal y como causas organizativas, la pérdida de clientes y el cambio del formato papel al formato digital".

Apoya dicha revisión en las propias cartas de **despido** aportadas, folios 34 a 198, no siendo las mismas, documentos hábiles para fundar la pretendida revisión fáctica (11-07-89, RJ 1989/5453; STS 26-12-1990 (RJ 1990, 9835), por cuanto las mismas se limitan a determinar tan solo los hechos en que se funda la empresa para proceder a los **despidos**, limitando con ello la posibilidad de alegación de otros nuevos, en atención a lo preceptuado en el art. 105 de la LJS; pero no son documentos adecuados para obtener la modificación de los hechos probados establecidos por el Magistrado de instancia en uso de la facultad que le atribuye el art. 97 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, por lo que el motivo fracasa.

SEXTO.- El quinto motivo, una vez más al amparo del apartado b) del art. 193 LRJS, interesa la revisión del hecho probado cuarto, para el que, con apoyo en la documental invocada, propone la siguiente redacción:

"CUARTO.- En la CCC NUM001 del año 2019 consta de enero a marzo 29 bajas, de abril a junio otras 7, ninguna de julio a septiembre y 25 de octubre a diciembre (doc 6), en 2020 hay 14 bajas (doc 10).

En el año 2.021 constan 68 bajas (doc 9): 53 **despidos** objetivos a fecha 13-10-2021 (27 en marzo, 24 en julio, 1 en agosto, 1 en octubre) y 5 **despidos** disciplinarios, habiendo efectuado la empresa un total de 17 altas desde 2019 (doc 11).

Obran en autos diversas cartas de **despidos** objetivos llevados a cabo con fecha 17/03/21 por causas organizativas, productivas y económicas.

En concreto, la empresa alega una disminución de ingresos, el cierre de la línea de negocio en soporte papel, la caída de la inversión del sector publicitario, la línea decreciente de ingresos desde el año 2.017, la reducción de clientes desde el año 2.017, contracción de los márgenes de contribución desde el año 2.017, deterioro del EBITDA desde el año 2.017, sobredimensionamiento en recursos y reducción de los ingresos medios por empleado desde el año 2.017.

Asimismo, obran en autos diversas cartas de **despidos** objetivos llevados a cabo con fecha 27 y 28/7/21 por causas organizativas y económicas.

En concreto, la empresa alega una disminución de ingresos, el proceso de transformación digital de la sociedad, la negativa evolución del sector publicitario, la línea decreciente de ingresos desde el año 2.018, la reducción de clientes desde el año 2.018, sobredimensionamiento en recursos y reducción de los ingresos medios por empleado desde el año 2.018".

Revisión que no procede, por cuanto el Informe de vida laboral de la empresa fue ya valorado por la juzgadora de instancia, dejando constancia de los datos derivados del mismo, en el citado hecho probado cuarto; no evidenciándose error alguno en los datos consignados; y no siendo documentos hábiles para justificar la revisión fáctica, ni las cartas de **despido**, ni la relación de bajas elaborada por la propia empresa.

SEPTIMO.- El sexto motivo interesa la revisión del hecho probado quinto, al que pretende adicionar el siguiente párrafo:



"La sociedad CARRACOSTA, S.L. arrojó unos resultados en el ejercicio 2.020 de 2.126.000 €, mientras que en el año 2.021 éstos ascendieron a 1.680.000 €, con un resultado de explotación positivo de 2.169.000 €, una liquidez de 2.002.435,51 €, repartiendo dividendos por importe de 321.985,19 €.

La sociedad PÁGINAS AMARILLAS SOLUCIONES DIGITALES, S.A. arrojó unos resultados en el ejercicio 2.020 de 1.569.000 €, mientras que en el año 2.021 éstos ascendieron a 1.835.000 €.

Con fechas 4 y 11 de diciembre de 2.020 se realizaron transferencias de PÁGINAS AMARILLAS SOLUCIONES DIGITALES, S.A. a CARRACOSTA, S.L. por importes de 500.000 € y 1.500.000 €, respectivamente, destinados al reparto de dividendos".

Pero como pone de relieve la sentencia de 6 de junio de 2022 de la Sección Quinta de este tribunal tantas veces citada, se apoya la pretendida revisión fáctica en las Cuentas Anuales de varios ejercicios de ambas mercantiles, ya valoradas por la Juzgadora de instancia según se deja constancia en el propio hecho probado quinto, que hace remisión a las mismas; no concretando el recurrente de dónde extrae cada uno de los datos que pretende introducir, tal y como exige el art. 196.3 LRJS.

Por otra parte, en cuanto a los correos electrónicos, traer a colación la STS 706/2020 de 23 julio, Recurso de casación 239/2018, que analizando la naturaleza jurídica de aquellos, les atribuye la naturaleza de prueba documental, si bien añade "Ello no supone que todo correo electrónico acredite el error fáctico de instancia, al igual que sucede con los documentos privados. Para ello será necesario valorar si se ha impugnado su autenticidad por la parte a quien perjudique; si ha sido autenticado, en su caso; y si goza de literosuficiencia"; requisitos estos que no se acreditan en el presente supuesto; no evidenciándose error alguno u omisión en el hecho probado quinto, que hace remisión a las Cuentas Anuales registradas. Por lo expuesto, el motivo fracasa.

OCTAVO.- El séptimo motivo interesa la adición de un nuevo hecho probado, con apoyo en una serie de documentos, consistentes en comunicados efectuados por el CEO de la compañía, que no fueron ratificados en juicio.

Y propone para este nuevo hecho, el siguiente texto:

" SÉPTIMO.- A través de distintas comunicaciones durante el año 2.021 el CEO de la compañía ha informado del aumento de clientes nuevos".

Adición que, una vez más, en línea con la sentencia de la Sección Quinta de 6 de junio de 2022, no puede acogerse, por cuanto lo invocado no son realmente documentos, en los términos regulados por los arts. 317 y siguientes LEC, sino que son escritos o comunicados emitidos por el CEO de la Compañía, que constituyen una prueba documental impropia, que en caso de ratificarse, debían tener el trato procesal correspondiente a la testifical; prueba inidónea para justificar la revisión fáctica. Por lo que el motivo debe ser desestimado.

NOVENO.- El octavo motivo, ya en sede del Derecho aplicado, denuncia por el cauce del apartado c) del art. 193 LRJS, infracción de lo dispuesto en el art. 51 del Estatuto de los trabajadores, y jurisprudencia que invoca (Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de julio de 2.021, 11 de enero de 2.017, rcud. 2270/2015, y las que en ella se citan (SSTS 23-4-12 , R. 2724/11, 23-1-2013, R. 1362/12, 25-11-2013, PLENO, R. 52/13, 26-11-2013, R. 334/13, 11-2-2014, R. 323/13, 9-4-2014 , R. 2022/13) y Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 18 de marzo de 2.014 y 25 de octubre de 2.019 (rec. 399/2019).

Sostiene, con apoyo en la documental invocada, que durante el año 2021, de enero a octubre, el número de bajas en la empresa ascendió a 64, que desglosa de la siguiente forma:

-26 **despidos** por causas económicas y organizativas + 4 bajas con causa desconocida + 2 **despidos** supuestamente disciplinarios en Marzo 2.021 = 32

- 2 bajas con causa desconocida + 1 **despido** supuestamente disciplinario en Abril 2.021 = 3

- 1 baja con causa desconocida en Mayo 2.021.

- 24 **despidos** por causas económicas y organizativas en Julio 2.021.

- 1 **despido** objetivo en Agosto 2.021.

- 1 **despido** supuestamente disciplinario en Septiembre 2.021.

- 1 **despido** objetivo + 1 **despido** supuestamente disciplinario en Octubre 2.021 = 2

Incluye aquí los **despidos** en los que no se acreditan los motivos, así como los disciplinarios.

Y tras hacer el correspondiente excurso de los preceptos legales y jurisprudencia de aplicación, hace valer que en los 90 días anteriores al **despido** del actor (del 29/04/21 al 28/07/21) se producen un total de 27 **despidos**; y en el período de 90 días inmediatamente anterior a ese (del 28/01/21 al 28/04/21) se producen 35 **despidos**



más. Con lo que computa 62 extinciones en los dos períodos consecutivos de 90 días previos al cese del actor, cifra superior al umbral previsto para el **despido** colectivo, de acuerdo con el tenor del párrafo final del artículo 51.1 del Estatuto de los Trabajadores; aduciéndose en todos los **despidos** objetivos, las mismas causas.

Dispone el art. 51.1 ET:

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

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

b) El diez por ciento del número de trabajadores de la empresa en aquellas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores.

c) Treinta trabajadores en las empresas que ocupen más de trescientos trabajadores.

(...)

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

(...) Cuando en periodos sucesivos de noventa días y con el objeto de eludir las previsiones contenidas en este artículo, la empresa realice extinciones de contratos al amparo de lo dispuesto en el artículo 52.c) 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".

Pero el motivo hace supuesto de hecho de la cuestión fundamentando una denuncia jurídica en unos hechos que no son los probados, incurriendo en una petición de principio. En este caso, la jurisprudencia es clara cuando declara que ante el rechazo del motivo de revisión de los hechos declarados probados (o cuando ni siquiera se articula motivo alguno de revisión fáctica), en esas circunstancias, entiende que no es posible entrar a resolver el motivo de infracción de norma sustantiva que se apoya en aquella pretensión revisoria rechazada.

DÉCIMO.- Así las cosas, hemos de partir de los datos fácticos que lucen en el hecho probado cuarto de la sentencia recurrida, en los que se indica que se produjeron 27 **despidos** objetivos en marzo de 2021, 24 en julio, 1 en agosto y otro en octubre.

Cual proclama la Sentencia de la Sección Quinta de 6 de junio de 2021 de este tribunal al abordar esta misma cuestión, analizando un supuesto sustancialmente idéntico al aquí enjuiciado:

"La respuesta a la cuestión del cómputo de los **despidos**, a efectos de determinar los umbrales, la da efectivamente la Sentencia 810/2021 de 21 de julio, invocada por el recurrente, si bien no puede compartir esta Sala la particular interpretación que aquél hace de la misma.

Se hacía remisión, en la citada sentencia a la anterior sentencia del Pleno de esta Sala IV de 26/9/2017 (RJ 2017, 4498), rec. 62/2017, que ofrecía el criterio que debe seguirse en esta materia, en los siguientes términos: "ese específico número de días a lo largo de los que se examinarán las extinciones producidas sin haberse seguido los trámites propios del **despido** colectivo, no es un tiempo elástico o disponible para quien lleva a cabo ese cómputo, sino que es de necesaria observancia y no resulta admisible extenderlo, como reiteradamente pretende la parte actora, al amparo de la denominada cláusula anti fraude que contiene el último párrafo del número 1 del art. 51 ET, ...La sentencia recurrida afirma sobre este punto, y esta Sala comparte la opinión, de que dicha garantía -que supone una mejora que no aparece en la Directiva 98/59 CE (LCEur 1998, 2531) - únicamente produce sus efectos en la forma que detalla el precepto, y en absoluto cabe entender que contiene una especie de segunda modalidad o variedad extendida del **despido** colectivo (STS 21 de julio de 2015 (RJ 2016, 3222), rec.370/2014), de forma que los **despidos** objetivos individuales formulados al amparo del art. 52 c) ET por la empresa en periodos sucesivos de 90 días y en número inferior a los umbrales legales, determinará que precisamente esos **despidos** individuales sean declarados nulos, pero en modo alguno supone que la extensión de esos periodos sucesivos de 90 días signifique en absoluto que se trate de un **despido** colectivo tácito, ni que éste se vea garantizado de un periodo de cómputo superior a los 90 días. Por otra parte, esas previsiones se han de completar con la conocida doctrina de esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo (SSTS 23 de abril de 2012 (RJ 2012, 8524) -rec.2724/2011 -; 23 de enero de 2013 (RJ 2013, 2851) -rec. 1362/2012 -; 25 de noviembre de 2013 -Pleno, rec.52/2013 -; 26 de noviembre de 2013 (RJ 2014, 1219) -rec. 334/2013 -; 11 de febrero de 2014 (RJ 2014, 1856) -rec. 323/2013 -; y 11 de enero de 2017 (RJ 2017, 230) -rec.2270/2015 -), con arreglo a la que el



cómputo de los 90 días a que se refieren los preceptos antes citados se ha de llevar a cabo, tal y como hace la sentencia recurrida, desde la fecha del último computable hacia atrás".

Si bien señala la citada STS de 21-07-21 que **lo resuelto en la STJUE 11/11/2020**, asunto C-300/19 (TJCE 2020, 269), **obliga a matizar el último aserto**, en el que se decía que el cómputo de los 90 días debe efectuarse desde la fecha del último de los **despidos** computables hacia atrás, señalando que de acuerdo a lo resuelto en la citada STJUE, "el cómputo ha de referenciarse al periodo anterior o posterior al **despido** individual impugnado durante el que se haya producido el mayor número de **despidos**, sin que deba limitarse exclusivamente al periodo anterior o al posterior, por cuanto el artículo 1, apartado 1, párrafo primero, letra a), de la Directiva no menciona a estos efectos, ningún límite temporal exclusivamente anterior o posterior al **despido** individual impugnado (ap. 30), y la plena eficacia de la Directiva se vería limitada, en contra de su propia finalidad, si fuera interpretada en el sentido de que los tribunales nacionales no pueden computar los **despidos** producidos antes o después de la fecha del **despido** individual impugnado a efectos de determinar si existe o no un **despido** colectivo, en el sentido de esa misma Directiva (ap.35).

Pero sea como fuere, y con independencia de que haya de aplicarse este nuevo criterio impuesto por el TJUE **para identificar el periodo de 90 días al que debe referenciarse el despido, debe en todo caso tratarse de periodos sucesivos de 90 días**, y así lo ratifica esa misma sentencia en su parte dispositiva al indicar expresamente que los periodos han de ser "consecutivos", y lo afirma igualmente en su apartado 33, al precisar " En cambio, tal como observa el Abogado General en el punto 32 de sus conclusiones, de la estructura y finalidad de la citada Directiva se desprende que esta exige que el período de referencia sea continuo".

UNDÉCIMO.-Más adelante agrega que:

"Ahora bien, el Alto Tribunal en la sentencia aquí analizada, entiende que es erróneo el cómputo que incluye unas extinciones producidas antes o fuera de los 90 días anteriores a la fecha del **despido** en cuestión, que es precisamente lo que aquí pretende el recurrente, que retrotrae 180 días para efectuar el cómputo, del 28-0-1-21 al 28-07-21 cuando habiéndose producido el **despido** de la actora el 27-07-21, la retroacción sólo podría alcanzar al 27-04-21; en tal período hubo en la empresa un total de 24 **despidos**.

La doctrina expuesta, según señala el Alto Tribunal "ha de entenderse matizada en el único sentido de entender que el periodo de 90 días podrá ser el anterior, o bien, el posterior, al **despido** individual en litigio, aquel durante el cual se haya producido el mayor número de **despidos** y extinciones contractuales computables a estos efectos.

Pero en todo lo demás debe mantenerse la doctrina que exige la necesidad de que tales periodos sean sucesivos, consecutivos, sin que pueda remontarse el cómputo a fechas tan alejadas en el tiempo a la fecha del **despido** individual que quedan fuera de cualquiera de los ciclos sucesivos de 90 días que se presenten sin solución de continuidad en periodos anteriores o posteriores al mismo, para respetar de esta forma la dicción literal del último párrafo del art. 51.1 ET en la que específicamente se dice "Cuando en periodos sucesivos de noventa días...", estableciendo el requisito de que sean sucesivos los periodos temporales que hayan de tenerse en cuenta para cuantificar el número de **despidos** que deben ser considerados."

Así las cosas, de acuerdo con los datos fácticos de los que hemos de partir, no serían computables las extinciones producidas en marzo/21, por estar fuera de los 90 días previos al **despido** de la actora; en julio se produjeron 24 **despidos**; otro en agosto y otro en octubre. Por lo que, serían computables 26 **despidos**, que por tanto no exceden de los umbrales del art. 51.1.a) ET, al que se remite el 52.1.c) de la misma norma".

DUODÉCIMO.- Y prosigue:

"Pero es que, aún tomando en consideración los datos de los que parte el recurrente, en el período de referencia anteriormente expuesto (los 90 días anteriores y posteriores al **despido** enjuiciado: del 27 de abril al 27 de octubre de 2021), y aún computando todas las bajas habidas en la empresa (1 baja el 3 de mayo, 1 **despido** objetivo por causas económicas, el 27 de julio; 22 **despidos** por causas económicas el 28 de julio, 1 **despido** objetivo el 29 de julio, 1 **despido** objetivo el 30 de agosto, 1 **despido** disciplinario el 20 de septiembre, 1 **despido** objetivo el 13 de octubre y 1 **despido** disciplinario el 14 de octubre), el total de **despidos** ascendería a 29, y teniendo la plantilla un total de 332 trabajadores (hecho no controvertido), no se habrían superado los umbrales del art. 51 ET (30 trabajadores en empresas que ocupan a más de 300 trabajadores). Por todo lo cual, ninguna infracción se aprecia, y el motivo se desestima".

DÉCIMO-TERCERO.- Como se ve, el caso aquí enjuiciado no difiere del analizado por la Sección Quinta en sentencia antes transcrita, (por cierto, ante sentencia del mismo Juzgado nº 33 de los de Madrid y de la misma fecha, 21 de diciembre de 2021) referido a otro trabajador despedido objetivamente por la misma empresa y por las mismas causas, con la única diferencia de que la fecha de la extinción del contrato en nuestro caso es de 28-7-21 y en el de la Sección Quinta de 27-7-21, no variando el cómputo de los **despidos** en el periodo de referencia, 29, sin llegar así a los 30.



Pues bien, con base a esos mismos criterios de la Sección Quinta en su sentencia de 6 de julio de 2021, se impone desestimar el octavo motivo del recurso. Tan solo añadiremos que los **despidos** del grupo de trabajadores cuyos contratos fueron despedidos en marzo de 2021 lo fue por causas organizativas y productivas (no económicas) mientras que los **despidos** objetivos acontecidos en julio de 2021 lo fueron por causas organizativas, económicas y productivas, es decir por causas nuevas, lo que refuerza el argumento de que no se han superado en el caso actual los umbrales legales.

DÉCIMO-CUARTO.- El noveno motivo denuncia infracción del artículo 2 del RD 9/2020, de 27 de marzo, por el que se adoptan medidas complementarias, en el ámbito laboral, para paliar los efectos derivados del COVID-19, en relación con el artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores y la doctrina contenida, entre otras, en Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fechas de 15 de febrero de 2.016, 25 de noviembre de 2.020, rec. 590/2020, Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de fecha de 21 de enero de 2.021, Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 26 de octubre de 2.020 y de 30 de marzo de 2.021 (rec. 384/2021).

Sostiene básicamente el recurrente que las causas alegadas en el **despido** fueron las mismas que las alegadas en el ERTE llevado a cabo en abril de 2020, siendo por ello un **despido** prohibido por el art. 2 del RD 9/2020 de 27 de marzo.

Invoca SSTs de 15-02-16 con cita de la STS de 17-07-14, con el argumento de que las mismas causas que dieron lugar al ERTE llevado a cabo por la empresa en Abril de 2.020 no pueden justificar el **despido** del actor, hoy recurrente, causas que en todo caso serían de naturaleza coyuntural y que no pueden justificar en ningún caso la extinción del contrato, estando ante un **despido** prohibido por el mencionado artículo 2 del RD 9/2020.

Dispone en efecto el invocado precepto:

*"La fuerza mayor y las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción en las que se amparan las medidas de suspensión de contratos y reducción de jornada previstas en los artículos 22 y 23 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, no se podrán entender como justificativas de la extinción del contrato de trabajo ni del **despido**".*

Idéntica redacción se mantuvo en el art. 2 de la Ley 3/2021 en cuya disposición final segunda se indicaba que los artículos 2 y 5 de la misma, mantendrían su vigencia hasta el 31 de mayo de 2021; y se mantuvo la vigencia de dichos preceptos, en virtud del art.5.6 del R.D. Ley 18/2021, de 28 de septiembre, de medidas urgentes para la protección del empleo, la recuperación económica y la mejora del mercado de trabajo ("B.O.E." 29 septiembre).

Efectivamente la norma invocada pretendía impulsar los ERTE, así como otras medidas sociales, porque la emergencia por la pandemia se preveía temporal; de tal suerte que la naturaleza coyuntural y temporal de los ERTEs no los hace idóneos ante circunstancias estructurales o definitivas. Sin embargo no elimina dicha norma las causas de **despido** previstas en la normativa laboral.

Al hilo de lo anterior la reciente Sentencia del Tribunal Supremo 168/2022 de 22 de febrero, analizando el precepto en cuestión, aplicado a los **despidos** colectivos, perfectamente extrapolable a las extinciones por causas objetivas del art. 52 c) del Estatuto de los trabajadores, como la que aquí nos ocupa, expone :

*"(...) Si la empresa prueba que concurren causas económicas, técnicas, organizativas o de producción que tienen naturaleza estructural y no meramente coyuntural, aunque estén relacionadas con el COVID-19, deberá proceder al **despido** colectivo y no a una suspensión de contratos cuya duración limitada en el tiempo no responde a la naturaleza atemporal de dichas causas. Ello, con independencia de que pueda compartirse la idea, quizá implícita en la valoración de que discrepamos, de que en esa situación resultará especialmente pertinente que los poderes públicos se esfuercen en sus políticas de formación y readaptación profesionales (art. 40.2 de la CE (RCL 1978, 2836)) o de que perfeccionen la protección frente al desempleo (art. 41 de la CE).*

6.- Es importante clarificar la carga de la prueba. El ordenamiento ha priorizado la adopción de medidas de flexibilidad interna bajo el presupuesto de que nos encontramos ante una situación coyuntural y no estructural que exija medidas más traumáticas para el empleo. El legislador de excepción solamente permite la adopción de medidas de flexibilidad de salida cuando no sea posible afrontar la crisis empresarial mediante las citadas medidas de flexibilidad interna.

*Por tanto, en los **despidos** colectivos realizados durante la vigencia de la pandemia que estén relacionados con el COVID-19, incumbe a la empresa acreditar, con arreglo a las reglas de carga de la prueba del art. 217 de la LEC (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) y, en particular, la facilidad y disponibilidad probatoria, que las circunstancias que motivaron el **despido** colectivo son estructurales y no meramente coyunturales: que las medidas de flexibilidad interna de los arts. 22 y 23 del Real Decreto-ley 8/2020 son realmente insuficientes para paliar su situación crítica. Si así lo hace, cumpliendo con el resto de requisitos legales, la calificación del **despido***



no podrá ser otra que la de ajustado a derecho. Dicho abiertamente: lo que, de ordinario, constituye un deber empresarial aquí aparece reforzado con especial énfasis, precisamente, por la necesidad de acreditar que no están subsumiéndose en el **despido** supuestos que concuerdan con las exigencias de una mera suspensión.

En resumen, si concurren las causas coyunturales previstas en los arts. 22 y 23 del Real Decreto-ley 8/2020 no se considerará justificado el **despido** o la extinción del contrato de trabajo por fuerza mayor o por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción, sino que dichas circunstancias facultan, en su caso, para proceder a la suspensión de contratos o reducción de jornada por fuerza mayor (art. 22) o para la suspensión o reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (art. 23). Por el contrario, si la empresa acredita la existencia de una situación estructural, sí que puede acordar el **despido** colectivo. "

DÉCIMO-QUINTO.- Pues bien, compartiéndose una vez más por esta Sección los criterios de la Sección Quinta en su sentencia de 6 de junio de 2022:

"En el supuesto que aquí nos ocupa, incumbía a la empresa acreditar que las causas objetivas justificativas del **despido** eran estructurales, y lo ha hecho.

En efecto, se tramitó un ERTE inicial por causas organizativas y productivas debido a la COVID 19, que finalizó con acuerdo de 13-04-20, para la reducción de jornada de toda la plantilla, de 332 trabajadores; y que duró hasta el 14-09-20.

El **despido** que aquí enjuiciamos, se produjo casi un año después, y resultaron acreditadas las cifras que ofrecía la carta extintiva, en la que se mostraba una disminución de ingresos desde el año 2018 (el covid 19 comenzó en marzo de 2020), y unas pérdidas estructurales, que provocaron un sobredimensionamiento de recursos y costes de personal. Lo que supone que estemos ante una situación estructural y no coyuntural, que en principio pudo haber justificado el ERTE; con lo que debe aplicarse la legislación ordinaria sobre **despidos** prevista en los artículos 51 y siguientes del Estatuto de los Trabajadores. Y habiéndolo entendido así la Juzgadora de instancia, el motivo debe ser desestimado".

Añadiremos por nuestra parte que, cual pone de relieve la STS, 4ª, de 17 de julio de 2014 (Recurso: 32/2014):

"... el empresario es el que debe decidir soberanamente si procede acudir a medidas extintivas [ERE] o meramente suspensivas [ERTE]; y aunque una racional interpretación sistemática de ambos preceptos induce a concluir que en principio los ERE deben tener génesis en causas estructurales y los ERTE han de hallarla en las coyunturales, en todo caso resulta claro que corresponde a la exclusiva gestión empresarial decidir si está en presencia de una situación meramente coyuntural o si para ella ya es estructural, de forma tal que el acudir a un ERE o a un ERTE viene a traducirse en un juicio de "oportunidad" que exclusivamente corresponde a la dirección de la empresa. Ello con la obligada exclusión de los supuestos de abuso del derecho o fraude de ley, que lógicamente no pueden encontrar amparo en una decisión que se presenta antijurídica; en el bien entendido de que esas excepciones han de ser objeto del correspondiente alegato y de cumplida prueba".

Y esta línea de interpretación parece consolidarse en la más reciente jurisprudencia de la Sala Cuarta del TS.

Como señala la STS, 4ª, del Pleno, 16 de marzo 2022 (rec. 265/2021):

" En el presente caso, la empresa que procedió al **despido** colectivo ha acreditado el carácter estructural de la crisis que atraviesa, que aunque lógicamente está influenciada por la situación mundial pandémica, tiene raíces anteriores a tal situación sanitaria y se proyecta hacia el futuro en una situación prevista de normalidad sanitaria".

En la misma dirección la STS, 4ª, del Pleno de 22 de febrero 2022 (rec. 232/2021), proclama que:

"Si la empresa prueba que concurren causas económicas, técnicas, organizativas o de producción que tienen naturaleza estructural y no meramente coyuntural, aunque estén relacionadas con el COVID-19, deberá proceder al **despido** colectivo y no a una suspensión de contratos cuya duración limitada en el tiempo no responde a la naturaleza atemporal de dichas causas".

También las SSTS, 4ª, del Pleno 18 de febrero 2022 (rec. 229/2021), y 16 de diciembre 2021 (rec. 210/2021), entienden que el art. 2 RD Ley 9/2020 no es aplicable porque las causas productivas alegadas para el ERTE eran coyunturales y las productivas del ERE estructurales.

La SAN de 14 de julio de 2021, recurso 122/2021, sienta que el art. 2 RD Ley 9/2020:

" no hace sino recoger una consolidada doctrina según la cual el **despido** colectivo en cuanto medida de flexibilidad externa no puede fundarse en causas de carácter coyuntural o temporal que puedan ser superadas mediante medidas de flexibilidad interna que tengan tal carácter como son las suspensiones de contrato o las reducciones temporales de jornada, ni tales medidas resultan aptas para solventar crisis estructurales". En el



caso que enjuiciaba, dado que la causa es estructural (su origen se remonta al 2018) entiende que concurre la causa económica alegada.

Y la STSJ Madrid 30 de noviembre 2020 (rec. 399/2020) también acude a la naturaleza "directa" de la causa para rechazar la aplicación del art. 2 RD ley 9/2020:

"En primer lugar hemos de señalar que no son de aplicación el artículo 2 y la disposición final 3ª del Real Decreto-ley 9/2020, de 27 de marzo, por el que se adoptan medidas complementarias, en el ámbito laboral, para paliar los efectos derivados del COVID-19, que solo afectan a aquellas situaciones que tengan su causa directa en pérdidas de actividad como consecuencia del covid19, lo que aquí no acontece, al alegarse causas estructurales, por lo que el **despido** colectivo es el procedimiento adecuado a los fines de extinguir las relaciones laborales por causas económicas anteriores al estado de alarma, sentando el Tribunal Supremo en la jurisprudencia expuesta, que los ERE deben tener génesis en causas estructurales y los ERTE han de hallarla en las coyunturales"

Se desestima el noveno motivo.

DÉCIMO-SEXTO.- El último motivo, el décimo, denuncia infracción de lo dispuesto en el art. 56 del Estatuto de los trabajadores, sosteniendo que, amén de lo anteriormente alegado (**despido** colectivo encubierto, mismas causas que en el ERTE) lo cierto es que no existe causa objetiva alguna que justifique el **despido** de la actora. Y, tras realizar un análisis de las cuentas anuales de las mercantiles CARRACOSTA S.L. y PÁGINAS AMARILLAS DIGITALES S.A., se niega la existencia de pérdidas y señala que no puede entenderse que la extinción por causas objetivas aquí impugnada sea una medida razonable, congruente y proporcional, ya que la empresa obtiene beneficios y los reparte entre sus accionistas, y bate records de clientes; no existiendo en la sentencia de instancia ni un solo dato que avale la existencia de las causas organizativas a las que hacía referencia la carta de **despido**.

Idéntico motivo fue resuelto por la Sección Quinta en su sentencia de 6 de junio de 2022, exponiendo que:

"Partiendo de la doctrina unificadora expuesta, ha de concluirse que, corresponde al órgano jurisdiccional comprobar si las causas además de reales tienen entidad suficiente como para justificar la decisión extintiva y, además, si la medida es razonable en términos de gestión empresarial. Compete por tanto a los órganos jurisdiccionales no sólo emitir un juicio de legalidad en torno a la existencia de las causas alegadas, sino también de razonable adecuación entre la causa acreditada y la medida acordada.

Así las cosas, la decisión empresarial será conforme a la ley si de la prueba practicada se puede deducir la concurrencia de causa económica justificativa de la extinción contractual operada por la empresa; esto es, ha de acreditar en el caso que nos ocupa, que la entidad de la causa económica aducida, justificaba la extinción del contrato de la hoy actora.

Y ha de partirse para resolver la litis, del relato fáctico que luce la sentencia recurrida, que resultó inalterado, del que se infiere que existió una disminución persistente de ingresos durante tres trimestres consecutivos en los términos que se consignaban en la carta, que la sentencia recurrida, a la vista de la prueba practicada, en especial la pericial del experto que depuso en juicio, estimó probada.

En efecto se estimó acreditado que en el período de abril/20 a marzo/21, hubo un descenso de ingresos del 19,1% respecto al del ejercicio anterior; siendo del 35% la caída de ingresos desde 2018 a 2021, y persistiendo dicha caída en el ejercicio posterior (de abril/21 a marzo/22).

Se estimó probada la negativa evolución del sector de Publicidad (HP 3º 1.1.), el aumento de la competencia en redes sociales o a nivel digital, con abandono del papel, con las cifras que en dicho ordinal se indican.

Se estimó acreditado (HP 3º, 1.2) la evolución comparativa, en el período de 2018 a 2022, con un descenso del 12,5% en 2019 respecto de 2018; un descenso del 8,5% en 2020 respecto de 2019; un 8,8% en 2021 respecto de 2020; o de un 18,5% en el último ejercicio respecto del anterior.

También se acreditó la evolución de los ingresos por trimestres con un descenso del 13,5% en 2018, descenso del 10% en 2019; del 10,1% en 2020, del 19,1% en 2021 y en el primer trimestre del ejercicio en curso (abril a junio/2021), un descenso del 4,6%.

Se estimó acreditado el sobredimensionamiento de recursos, con unas pérdidas por cada empleado desde 2018 a 2021.

Se estimaron igualmente acreditadas -HPº 3º. 3- las medidas a adoptar por la empresa demandada".

DÉCIMO- SÉPTIMO.- Por estas mismas razones expuestas por la Sección Quinta el décimo motivo del recurso viene abocado al fracaso, concurriendo la causa económica esgrimida en la carta de **despido**, por cuanto



se parte por la sentencia recurrida de tales datos fijados en el hecho probado tercero, y que han merecido credibilidad a la iudex a quo después de valorar conforme a las reglas de la sana crítica la prueba pericial practicada.

Significar sobre este punto del debate, y tal como señala sentencia de la Sección Quinta de 6 de junio de 2022:

"En definitiva se estima acreditado en la instancia la mala situación económica que hizo preciso reducir gastos y reorganizar los recursos. Una situación relevante de crisis que justificaría y haría proporcional y razonable la medida adoptada.

*Con estos mismos datos, e idénticos fundamentos del recurso, se pronunció ya esta Sala en sentencia 274/2022, de 19 de mayo (Recurso 248/2022) estimando acreditada la disminución persistente de ingresos, y la concurrencia de la causa económica, declarando por tanto la procedencia del **despido**. Decíamos en la indicada sentencia, con base en idénticos datos económicos a los antes indicados que "la causa económica tiene carácter estructural y no coyuntural. Y aunque debieron declararse probados los datos por trimestres diferenciados, como exige la norma, en el citado hecho probado se hace una referencia a que constan estos datos detallados por trimestres, apreciándose la disminución persistente".*

Nos ratificamos en el criterio anteriormente expuesto, y siguiendo la doctrina jurisprudencial anteriormente expuesta (STS de 26 de junio de 2020 (RJ 2020, 2848), recurso 4405/2017) acreditada aquí la concurrencia de la causa económica, consistente en la disminución persistente de los ingresos "La única fórmula para enervar tal efectividad de la causa sobre la bondad de la decisión empresarial sería la de su desmesura en término de razonabilidad, mas..., ello hubiera exigido constatar una clara desproporción entre el grado de incidencia económica de la causa negativa y la adopción de la medida extintiva".

No constatada aquí dicha desproporción, estimamos que es ajustada a derecho la decisión empresarial extintiva aquí analizada, por cuanto la negativa situación económica, con la disminución de ingresos persistente y acreditada incide de forma clara en el negocio empresarial y justifica, en términos de gestión empresarial, la adopción de la medida acordada. Lo que supone la confirmación de la sentencia recurrida, con la consecuente desestimación del presente recurso".

Una última precisión, en igual sentido al propugnado por esta Sección Primera, y en un caso muy similar al aquí analizado contrario a la tesis del actor se pronunció la Sección Quinta en su sentencia de 19 de mayo de 2022, en el recurso 248/202, y aún más recientemente la Sección Sexta en la suya de 11 de julio de 2022, en el recurso 293/2022, también en el caso de un trabajador despedido por las mismas causas objetivas y de la tanda de julio de 2021.

En suma, se impone desestimar el recurso y confirmar la sentencia de instancia que no ha infringido la normativa y jurisprudencia denunciada.

Sin costas (art. 233 LRJS), dada la condición con que litiga el recurrente.

Vistos los preceptos citados,

FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimar el recurso de suplicación nº 371/2022, interpuesto por D. Miguel Ángel, contra la sentencia de fecha 21 de diciembre de 2021, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 33 de los de MADRID, en sus autos núm. 917/2021, en virtud de demanda deducida por la citada parte recurrente frente a PAGINAS AMARILLAS SOLUCIONES DIGITALES S.A., figurando también como parte el FOGASA, sobre **DESPIDO**, confirmando la sentencia recurrida.

Sin costas.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta Sección de Sala.

Expídanse certificaciones de esta sentencia para su unión a la pieza separada o rollo de suplicación, que se archivará en este Tribunal, y a los autos principales.

Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

Hágaseles saber a los antedichos, sirviendo para ello esta misma orden, que contra la presente sentencia pueden, si a su derecho conviene, interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina, que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social de Madrid dentro del improrrogable plazo de los diez días laborales inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia de acuerdo con lo establecido, más en concreto, en los artículos 220, 221 y 230 de la LRJS.



Asimismo se hace expresa advertencia a todo posible recurrente en casación para unificación de esta sentencia que no goce de la condición de trabajador o de causahabiente suyo o de beneficiario del Régimen Público de la Seguridad Social o del beneficio reconocido de justicia gratuita, deberá acreditarse ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso el ingreso en metálico del depósito de 600 euros conforme al art. 229.1 b) de la LRJS y la consignación del importe de la condena cuando proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente, en la cuenta corriente número 2826-0000-00-0371-22 que esta Sección Primera tiene abierta en el Banco de Santander, sita en el Paseo del General Martínez Campos nº 35, 28010 de Madrid.

Se puede realizar el ingreso por transferencia bancaria desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de Banco de Santander. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes:

Emitir la transferencia a la cuenta bancaria siguiente: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274. En el campo ordenante, se indicará como mínimo el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y si es posible, el NIF / CIF de la misma. En el campo beneficiario, se identificará al juzgado o tribunal que ordena el ingreso. En el campo "observaciones o concepto de la transferencia", se consignarán los 16 dígitos que corresponden al procedimiento: 2826- 0000-00-0371-22.

Pudiéndose, en su caso, sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento de dicha condena mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvanse los autos originales, para su debida ejecución, al Juzgado de lo Social de su procedencia, dejando de ello debida nota en los Libros de esta Sección de Sala.

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

Voto Particular que formula el Ilmo. Sr. Magistrado D. José Luis Asenjo Pinilla, en el Recurso 371/2022, en base a los arts. 206 y 260 L.O.P.J., apoyándose en los argumentos que paso a exponer:

Discrepo respetuosamente de la sentencia mayoritaria aceptada por la Sala, de la que pese a sus ponderados, razonados y atrayentes alegatos me separo, mostrando mi discrepancia a través de los presentes Fundamentos.

PRIMERO. - El trabajador articula, inicialmente, un doble motivo de Suplicación y al amparo del art. 193.a), de la LRJS

Confluyo en líneas generales con los argumentos desarrollados en la propuesta que resultó mayoritaria. De ahí, que sean irrelevantes otras consideraciones al respecto.

SEGUNDO. - El tercer motivo de Suplicación lo sustenta en el art. 193.b), nuevamente de la LRJS. Referencia procesal que mantendré en los siguientes fundamentos de derecho y mientras no diga lo contrario.

Tiene como objetivo añadir un último párrafo al primer hecho probado. Cita tal fin el documento num. 20, de su ramo de prueba y que a su vez dice que coincide con el num. 18, del de la empresa.

Igualmente coincido con la sentencia de referencia en cuanto a su rechazo

TERCERO. - Es el turno del segundo ordinal del relato fáctico. Pretende suprimir el último párrafo por valorativo y a la vez sustituirlo por otro distinto. Menciona a esos efectos los documentos nums. 3 a 17, de su prueba

La petición supresoria la acepto. Así, la Juzgadora introduce expresiones predeterminantes del fallo y/o valoraciones jurídicas. Olvidando de esa manera que la jurisprudencia del TS, por ejemplo la sentencia de 6-11-2020, rec. 7/2019, estima que no caben en el relato fáctico. Siendo así que dichas calificaciones tienen exclusiva y adecuada ubicación en la fundamentación jurídica, por lo que de constar se deben tener por no puestas.

Respecto a la propuesta alternativa, únicamente asumo el primero de los incisos por tener la necesaria base documental. En ese mismo orden de cosas, lo concretamente aceptado tiene relación con el debate suscitado en el actual Recurso y por ende es necesario para tener todos los datos necesarios para solventar el litigio - TS, resoluciones de 25-2-2003, rec. 2580/2002 y 30-9-2010, rec. 186/2009-. E intentando preservar el derecho de defensa del peticionario desde la perspectiva de las tesis que articula jurídicamente con posterioridad. Y, claro está, sin perjuicio de la trascendencia final que pudiera tener esa solicitud.

El resto y a la vista de las discrepancias que muestra la impugnante sobre lo que se desglosa en tales comunicaciones, su admisión en este momento podría reconvertirse en predeterminante del fallo. Por tanto, me remito a lo que expuse al respecto en un párrafo anterior.



CUARTO.- El cuarto hecho propone modificarlo. Relaciona con esa finalidad los documentos num. 9 y 10, de la empleadora y los num. 1 al 17 de los por él adjuntados.

-No hay discrepancias sobre las bajas habidas en el año 2019, respecto al original. Luego nada hay que modificar.

- Las hay sobre lo acontecido en el 2020. El trabajador dice que fueron 14, mientras que de la resolución de instancia parece deducirse que no existe ninguna. No obstante, hay que acudir a la cifra propugnada por el recurrente y acudiendo a la propia documental presentada por la empresa -documento num. 10-.

- Es el turno del año 2021. Del documento que acabo de relacionar y por lo menos hasta el 13 de octubre de 2021, infiero los datos que seguidamente especifico. Así, durante el mes de marzo se produjeron 26 **despidos** objetivos; fueron 24 en julio; 1 en agosto y otro en octubre; es decir un total de 52, todos ellos por las causas de referencia.

Son 5 los **despidos** disciplinarios que tuvieron lugar; 2 en marzo, 1 en abril, 1 en septiembre y otro en octubre.

Siguiendo con ese mismo año y documento, existirían otras 9 bajas por causas diversas. No obstante, la parte actora y ahora invocando el documento num. 9, también de la empleadora, indica que se han producido 7 más. Sin embargo, Páginas Amarillas e igualmente sirviéndose de la documental incorporada a estas actuaciones, justifica que seis de ellos, todos menos el Sr. Justiniano y cuya baja hay que imputar a marzo, tuvieron suspensiones contractuales.

- No existen discrepancias en el número de altas habidas desde el año 2019 en Páginas Amarillas; 17 en concreto, como indica el texto original.

Finalmente, los párrafos tercero a sexto, ambos inclusive, de su propuesta, no se admiten por redundantes. Tengo en cuenta lo ya asumido en mi anterior fundamento de derecho. A tal efecto, aquello que ya figura es inútil volver a incorporarlo - TS, sentencia de 8-11-2016, rec. 259/2015-.

QUINTO.- Reivindica adicionar un nuevo párrafo, en realidad son tres, al quinto ordinal del relato fáctico. Indica a tales efectos los documentos 23 a 28, ambos inclusive, de su ramo de prueba.

Lo acepto al ser suficiente la documentación invocada. Eso sí, con las precisiones que ya hice en el que es el tercer fundamento de derecho.

SEXTO.- Finalmente, solicita incorporar un nuevo hecho probado y que a su juicio daría lugar al séptimo. Menciona con esa finalidad sus documentos num. 29 a 33.

Asumo tal petición y, nuevamente, con las matizaciones efectuadas en el que es el tercer fundamento de derecho.

La existencia de esos documentos y su contenido, no se discute por la empleadora en su escrito de impugnación. Cuestión distinta son los efectos jurídicos que puedan deducirse de los mismos y su definitiva trascendencia en el litigio en curso; lo cual pone en solfa Páginas Amarillas y de manera expresa.

SÉPTIMO.- Los tres últimos motivos de Suplicación los sustenta en el art. 193.c), siempre de la LRJS.

El primero de ellos lo aprovecha el Sr. Miguel Ángel para denunciar como infringido por parte de la resolución de instancia, el art. 51.1, del Estatuto de los Trabajadores (ET), así como la jurisprudencia del TS de la que relaciona varios ejemplos y sin que tenga ese carácter, preciso las dos resoluciones de esta Sala que igualmente menciona y de acuerdo al art. 1.6, del Código Civil.

Defiende la nulidad del **despido** efectuado. Alega que la empresa ha intentado eludir la tramitación de un **despido** colectivo mediante el espaciado de las medidas extintivas. Siendo tan cercanas en el tiempo, continúa, que hay que presuponer que eran conocidas por ella, por tanto son constitutivas de fraude de ley. Refiere que Páginas Amarillas ha procedido a efectuar un total de 64 extinciones contractuales desde el 16 de marzo y hasta el 14 de octubre de 2021; incluye en ese cómputo las bajas cuyas causas no ha acreditado, así como los **despidos** que dice disciplinarios al no haber aportado documentación al respecto, carga de la prueba que entiende le corresponde a la citada. Asimismo indica que en los dos periodos consecutivos de 90 días previos -28 de enero al 28 de abril, y del 29 de abril al 28 de julio de 2021-, han tenido lugar 35 y 27 **despidos** respectivamente, o sea un total de 62; todos ellos por las mismas causas y que la empleadora concreta en el descenso de ingresos y sobredimensionamiento en recursos y costes de personal. La situación empresarial alegada, sigue diciendo, existía en el mes de marzo de 2021; visto lo cual, podría haberse justificado ya en ese momento la extinción de su contrato de trabajo.



No es objeto de debate que la plantilla de la empresa es superior a 300 trabajadores. Por tanto y enlazando con este dato, al igual que con el debate que ahora suscita el Sr. Miguel Ángel de que realmente estamos en presencia de un **despido** colectivo, es menester transcribir parcialmente el art. 51.1, del ET.

Comienza indicando que: "...A efectos de lo dispuesto en esta ley se entenderá por **despido** colectivo la extinción de contratos de trabajo fundada en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción cuando, en un periodo de noventa días, la extinción afecte al menos a:

...c) Treinta trabajadores en las empresas que ocupen más de trescientos trabajadores...".

Estableciendo sus dos últimos apartados, que: ".....Para el cómputo del número de extinciones de contratos a que se refiere el párrafo primero de este apartado, se tendrán en cuenta asimismo cualesquiera otras producidas en el periodo de referencia por iniciativa del empresario en virtud de otros motivos no inherentes a la persona del trabajador distintos de los previstos en el artículo 49.1.c), siempre que su número sea, al menos, de cinco.

Cuando en periodos sucesivos de noventa días y con el objeto de eludir las previsiones contenidas en este artículo, la empresa realice extinciones de contratos al amparo de lo dispuesto en el artículo 52.c) 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...".

La sentencia del TS, de 26-9-17, rec. 62/2017, estableció los criterios generales que han de aplicarse para una correcta interpretación de esa norma. No obstante, la posterior resolución del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 11- 11-2020, asunto C-300/2019, obligó a matizar algunas de las conclusiones allí incorporadas. De lo anterior se hace eco la posterior sentencia, nuevamente del TS, de 21-7-2021, rec. 2128/2018.

De esta última y respecto a lo que es el actual debate, tengo que resaltar que: "...debe en todo caso tratarse de periodos sucesivos de 90 días, y así lo ratifica esa misma sentencia en su parte dispositiva al indicar expresamente que los periodos han de ser "consecutivos"...". Visto lo cual, sigue diciendo: "...debe mantenerse la doctrina que exige la necesidad de que tales periodos sean sucesivos, consecutivos, sin que pueda remontarse el cómputo a fechas tan alejadas en el tiempo a la fecha del **despido** individual que quedan fuera de cualquiera de los ciclos sucesivos de 90 días que se presenten sin solución de continuidad en periodos anteriores o posteriores al mismo, para respetar de esta forma la dicción literal del último párrafo del art. 51.1 ET ..."

OCTAVO.- Sentadas estas bases y volviendo al litigio en curso, hay que tener en cuenta que el actor fue despedido con efectos de 28 de julio de 2021. Luego, un primer periodo de 90 días habría de retrotraerse hasta el 29 de abril. Mientras que un segundo y de manera consecutiva para atrás, iría desde el 29 de enero y hasta el 28 de abril. Fechas todas de 2021.

Centrándome en los **despidos** objetivos habidos durante esos periodos, resultaría que conforme a mi cuarto fundamento de derecho, serían 24 en el que he considerado como primero y 26 en el denominado segundo. Luego sumándolos, un total de 50, se superaría el umbral legalmente establecido y sin necesidad de especiales cálculos aritméticos.

Por tanto y perfilado el aspecto cuantitativo, el debate ha de continuar sobre si entre ambas series de **despidos** concurren o no " causas nuevas que justifiquen tal actuación". Para el trabajador no existen diferencias, aunque sí para Páginas Amarillas. Mientras que para la Juzgadora de instancia aunque las cartas entregadas posean una redacción semejante, la diferencia está en que ambos grupos de **despidos** toman años fiscales diferentes en consideración y de ahí el distinto tratamiento que les otorga.

Pues bien y por lo que acto seguido explicaré, entiendo que las causas invocadas son sustancialmente las mismas. Más si tenemos en cuenta y como recuerda la resolución del TS de 21-7-2021, ya antes comentada y con cita de otras anteriores, basta apreciar: "...datos o simples indicios que permitan, conforme a reglas lógicas, apreciar la existencia de fraude...".

NOVENO.- El análisis debe partir de las sucesivas cartas notificadas a los despedidos en marzo y julio de 2021, respectivamente, y agrupadas en dos grandes grupos. El Sr. Miguel Ángel pertenece al segundo y por lo que acabo de relacionar.

-Empezando por las entregadas en marzo dicen basarse en causas productivas y organizativas. No obstante y ya desde un principio, puede hablarse también de las económicas pues en ese mismo párrafo reconocen que tales causas "se incardinan en la negativa situación económica de la Empresa con la disminución persistente de ingresos ordinarios o ventas". Incluso reconocen dicha concurrencia con posterioridad y de manera expresa - pag. 8-. Disminución de ingresos y también pérdidas, que reiteran y emplean de manera continuada para incidir en la justeza de su entonces decisión extintiva.



Así, es el caso de cuando mencionan la insuficiencia de las medidas adoptadas para que revierta la situación económica de la compañía -pags. 1 y 2-. Respecto al cierre de la línea de negocio en papel, ya asumen pérdidas en los tres primeros trimestres del año fiscal de 2021, es decir de 1 de abril a 31 de diciembre de 2020; al igual que en los dos ejercicios fiscales anteriores, por lo que entienden que las "*circunstancias no son nuevas*" -pags. 2 y 3-. Vuelven a referirse a la disminución de ingresos cuando describen la situación del sector publicitario y los efectos de su posicionamiento en el mismo -pag.3-. Nuevamente inciden con más contundencia en el desglose de su estado económico cuando analizan su situación productiva y competitiva -pags. 3 a 8-; a tal efecto, se refieren a la línea decreciente de ingresos, incluso asumen que con el cierre del ejercicio fiscal de 2021, o sea a 31 de marzo de ese año, la caída de ingresos va a ser de un 19% adicional y un total del 43% desde el 2017, misma apreciación negativa, incluso mucho más acentuada, cuando se refieren al negocio offline donde incluyen los directorios de papel, como también ocurrirá con el negocio digital, aunque muy inferior, donde vuelven a tomar en consideración el cierre del ejercicio de 2021; la pérdida de ingresos también se relaciona con la de clientes, ahora tomando como base el 31 de diciembre de 2020; a continuación y como evolución comparativa trimestral, se reconoce y con la consiguiente exposición de datos, una disminución de ingresos calificada de persistente durante 19 trimestres consecutivos y hasta la fecha que acabamos de relacionar; luego reseñan la contracción de los márgenes de distribución, hablan de las pérdidas operativas del negocio de directorios de papel en el ejercicio fiscal de 2021, y su no mejora en su tercer trimestre, lo cual acontece, igualmente en el digital y en la previsión que tienen para ese mismo ejercicio, a su vez inferior a la de 2017; finalmente y sobre el EBITDA, vuelven a reiterar la disminución de ingresos y su previsión negativa en el ejercicio 2021, y su deterioro ejercicio tras ejercicio pese a la reducción de costes en las que incluyen los de personal, lo cual y según dicen, pone en riesgo la competitividad de la empresa e incluso, su viabilidad futura. Mencionan igualmente el sobredimensionamiento en recursos y costes de personal y adaptación a la digitalización del mercado -pag.8-; asumen que ha persistido el descenso en la situación productiva durante los tres primeros trimestres del ejercicio fiscal de 2021, el empeoramiento en la competitividad, la bajada en el ingreso medio por empleado y en su valor añadido comparando los ejercicios 2017 con el 2021; lo cual y además va a ocurrir, pese a la previsible reducción de la plantilla en el ejercicio 2021. Finalmente y en relación a las medidas a adoptar -pags. 8 y 9-, reconocen que el porcentaje de reducción de personal ha sido muy inferior a la disminución de ingresos, toman como referencia los ejercicios 2017 y 2021; lo cual demuestra y siempre a su juicio, que los ajustes de plantilla han sido insuficientes de tal manera que ha de continuarse con los mismos y para mejorar la competitividad con el ahorro de costes y mejora de los márgenes de contribución.

-Es el turno de la carta entregada al actor en julio de 2021. Es decir, algo más de cuatro meses después de las extinciones que se produjeron el 16/17 de marzo de ese mismo año. O sea, la decisión empresarial supera, pero no con mucho, los 90 días de referencia legalmente establecidos; eso sí imputados a un solo trimestre.

Se invocan y ahora ya directamente, que concurren causas económicas y también las organizativas.

Por tanto y como en este supuesto se asume la económica sin empaque alguno, ya desde un principio, no voy a entrar en especiales detalles respecto a dicha causa.

Si resaltar que la empresa se refiere a una "*nueva disminución persistente de ingresos*" -pag.1-, que entiendo concreta en todo el ejercicio fiscal de 2021 y en el primer trimestre del de 2022, o sea de 1 de abril a 30 de junio de 2021. Ingresos que se han reducido en un 19,1% comparados con el ejercicio 2020 y del 35% tomando en consideración el año 2018. Asimismo, indica que teniendo en cuenta ese nuevo trimestre el descenso ha sido del 4,6%, aunque luego lo reduce al 3% -pags. 2 y 3, respectivamente-. Respecto al sobredimensionamiento en recursos y costes de personal, ahora compara el ejercicio 2018 con el de 2021, para indicar un descenso del 10% en los ingresos medios por empleado y del 13% en el valor añadido igualmente por empleado -pag.4-.

DÉCIMO.- Pues bien, llegados a este punto parece evidente y siempre asumiendo los datos facilitados por Páginas Amarillas aunque ahora sea a efectos meramente dialécticos, hay que concluir que las causas económicas de las que se vale, aunque en la primera tanda extintiva quiera encubrir las cuando menos terminológicamente, pueden considerarse muy similares y, sobre todo, previsibles en los términos a los que se refiere el quinto párrafo, del num. 1, del art. 51, del ET.

Así, respecto a la situación económica descrita por la empleadora en marzo de 2021, que a veces limitaba referencialmente al 30 de diciembre de 2020, aunque para otros parámetros y cuando eran de su interés argumental se extendían al conjunto del ejercicio fiscal de 2021, constato que tales previsiones son muy similares porcentualmente a las que luego se asumen como reales en la carta entregada al Sr. Miguel Ángel el siguiente mes de julio.

No se ha producido una novedad del necesario calibre para que se pueda afirmar que dicha situación se ha modificado cuantitativa y/o cualitativamente de forma sustancial y en los términos que entiendo exige el precepto estatutario analizado. Desde luego no pueden considerarse como tal los datos facilitados del primer



trimestre del ejercicio 2022; a tal efecto, el escaso periodo trascurrido no es significativo por sí mismo; puede decirse que, incluso, existe cierta mejoría en la evolución empresarial.

Se superan, por tanto, los meros indicios jurisprudencialmente requeridos y de los que me hice eco en el fundamento de derecho que antecede.

No se me oculta, que en el primero de los grupos se invocaban causas productivas y organizativas como el origen de tales extinciones. Pero, insisto y tal como he intentado advenir, realmente fueron económicas las que se imputaron para justificar su extinción contractual.

Mientras que en el segundo, es decir el del actor, a las económicas le añaden las organizativas. Sin embargo, nada dice la resolución de instancia sobre estas últimas. Se limita a las primeras, tanto desde el punto de vista fáctico -quinto hecho probado-, como del jurídico -tercer fundamento de derecho-. Luego tampoco desde este segundo punto de vista existe novedad alguna en los hechos probados, ni para su inevitable análisis jurídico, que desde luego no es el caso.

Por tanto la extinción del contrato de trabajo del Sr. Miguel Ángel ha de considerarse realizada en fraude de ley. Lo cual determina y por imperio de la norma precitada, la declaración de nulidad. Consecuencias jurídicas y/o económicas que desglosaré en la parte dispositiva de la presente resolución.

A su vez, la asunción de este razonamiento hace innecesario entrar a los otros debates suplementarios que propugna el trabajador, en cuanto recurrente, sobre este mismo tema pero en relación a la extinción de otros contratos. Por ende, rechazo los documentos aportados por la empleadora junto a su escrito de impugnación y con los que pretendía contrarrestar esos últimos alegatos.

Misma suerte no discusoria ha de correr lo que el actor propone en los dos últimos motivos del Recurso interpuesto y por el razonamiento excluyente que acabo de relacionar.

Partiendo de lo argumentado, la parte dispositiva debería quedar redactada de la siguiente manera:

"Que estimamos el Recurso de Suplicación formulado por D. Miguel Ángel, contra la sentencia del Juzgado de lo Social num. 33 de los de Madrid, de 21 de diciembre de 2021, dictada en el procedimiento 917/2021; por lo cual, revocamos también la misma y declaramos la nulidad del **despido** sufrido con efectos de 28 de julio de 2021; y, en consecuencia, condenamos a la empresa Páginas Amarillas Soluciones Digitales S.A., a que le readmita en su puesto de trabajo y en las mismas condiciones que regían con anterioridad, así como al pago de los salarios de tramitación devengados desde el día siguiente al del **despido** y hasta la notificación de la presente resolución, a razón de 101,73 euros diarios; con devolución por parte del actor de la indemnización en su momento entregada por la empresa. Sin costas. Con retorno a su origen de los dos documentos presentados por la impugnante"

Así por este mi Voto, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACION.- Leído y publicado ha sido el **Voto Particular** emitido por el Ilmo. Sr. Magistrado **DON JOSE LUIS ASENJO PINILLA**, junto con la sentencia de la que previene el mismo; en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fé.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.