



Roj: **STS 404/2013 - ECLI:ES:TS:2013:404**

Id Cendoj: **28079140012013100021**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **23/01/2013**

Nº de Recurso: **1362/2012**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **JOSE MANUEL LOPEZ GARCIA DE LA SERRANA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ M 953/2012,**
STS 404/2013

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintitrés de Enero de dos mil trece.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala, en virtud del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Procurador Don Rafael Gamarra Mejías en nombre y representación de CONSTRUCCIONES SÁNCHEZ DOMINGUEZ-SANDO S.A. contra la sentencia dictada el 27 de febrero de 2012 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en recurso de suplicación nº 5803/2011, interpuesto contra la sentencia de fecha 22 de julio de 2011, dictada por el Juzgado de lo Social nº 31 de Madrid, en autos núm. 561/2011, seguidos a instancias de DON Efrain, DON Javier y DON Romeo contra CONSTRUCCIONES SANCHEZ DOMINGUEZ SANDO S.A. sobre DESPIDO.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 22 de julio de 2011 el Juzgado de lo Social nº 31 de Madrid dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos: " 1º.- El actor Efrain comenzó a prestar sus servicios en la empresa demandada CONSTRUCCIONES SANCHEZ DOMINGUEZ SANDO S.A con una antigüedad de 1-11-06, con la categoría profesional de titulado superior y con un salario bruto anual fijo según nómina de 109.202,80 euros con prorrata de pagas extras. D. Javier comenzó a prestar sus servicios en la empresa demandada con una antigüedad de 17- 3-93, con la categoría profesional de titulado superior y con un salario bruto anual fijo según nómina de 132.325,80 euros con prorrata de pagas extras. Romeo comenzó a prestar sus servicios en la empresa demandada con una antigüedad de 4-10-94, con la categoría profesional de titulación superior y con un salario bruto anual fijo según nómina de 99.788,36 euros con prorrata de pagas extras. 2º.- En fecha 12-9-06 la empresa demandada realizó una oferta de trabajo a Dº Efrain, ofreciéndose el puesto de Delegado de Levante con una remuneración fija bruta anual de 90.000 euros en 14 pagas y una variable de 50.000 euros. Ambas partes celebraron un contrato laboral indefinido en fecha 1-11-06 en el que se pacta una retribución fija de 90.000 euros en 14 pagas y una variable de 50.000 euros que se garantiza como mínimo en los dos primeros años. En la cláusula 11º del contrato se pacta que "en el supuesto de extinción por desistimiento empresarial sin causa que lo justifique, el Directivo tendrá derecho a una indemnización de una anualidad de su salario fijo más variable percibido en el último ejercicio completo transcurrido a partir de la firma del presente contrato". En el Anexo al contrato de trabajo se pacta que, además de la cantidad bruta fija anual, se pacta otra, cantidad variable "equivalente al 3% calculado sobre los beneficios netos obtenidos en consecuencia de las obras que se ejecuten en la zona de su delegación y por tanto bajo su responsabilidad. A partir de que el importe bruto de este 3% sea equivalente a dos veces la retribución bruta fija anual se aplicará en su lugar un 0,5% sobre el citado beneficio neto. El abono de dicha cantidad que corresponda por



este concepto, siempre que acontezcan los supuestos que dan lugar a su devengo, se realizará por la empresa una vez cerrado el ejercicio económico del año anterior y en cualquier caso dentro del primer cuatrimestre del año siguiente al que sea objeto de liquidación. De dicho importe se retendrá el 15%, cuya cantidad le será satisfecha al siguiente año y así sucesivamente. Teniendo en cuenta lo dispuesto en el nº 3 del art. 26 ET , se pacta por la empresa y el trabajador que el percibo de la cantidad correspondiente a incentivo variable no tienen carácter consolidable y queda vinculada directamente a la obtención de beneficios económicos generados en la empresa". **3º.-** Dº Efrain percibió en concepto de retribución variable del año 2008 la cantidad de 126.405 euros en la nómina de abril de 2010 y 126.405 euros en la nómina de octubre de 2009. **4º.-** En fecha 2-6-05 la empresa demandada realizó una oferta de trabajo a Dº Javier en la que se le ofrecía una retribución global de 115.000 euros brutos anuales distribuidos en 14 pagas. Ambas partes celebraron un contrato de relación laboral de carácter especial para alta dirección en fecha 1-9-05 en el que se pacta que el actor realiza las funciones de Director Regional de la Zona Centro bajo la dependencia orgánica y funcional del Director General de Construcción o de las personas que éste delegue, y desempeñando funciones de contratación y desarrollo de contratos, etc, con autonomía y plena responsabilidad. En dicho contrato se pacta una retribución fija anual bruta de 115.000 euros y un complemento salarial no consolidable equivalente a un 2% calculado sobre los beneficios netos obtenidos como consecuencia de las obras que se ejecuten bajo su responsabilidad. Así pues, tal incentivo sólo se devengarán por el trabajador cuando se produzcan beneficios en las obras que se realicen bajo su responsabilidad. El abono de dicha cantidad que corresponda por este concepto, siempre que acontezcan los supuestos que dan lugar a su devengo, se realizará por la empresa una vez cerrado el ejercicio económico del año anterior y en cualquier caso dentro del primer semestre del año siguiente al que sea objeto de liquidación. Teniendo en cuenta lo dispuesto en el nº 3 del art. 26 ET , se pacta por la empresa y el trabajador que el percibo de la cantidad correspondiente a incentivo variable no tienen carácter consolidable y queda vinculada directamente a la obtención de beneficios económicos generados en las obras que se lleven a cabo bajo la responsabilidad de éste". En la cláusula 6º se establece que el contrato se podrá extinguir por voluntad del trabajador o por desistimiento empresarial, pactado que: "Cuando se extinga el contrato por desistimiento del empleador deberá preavisarse al trabajador con tres meses de antelación. Si no se cumple este plazo o parte de él la empresa deberá resarcirlo por falta de preaviso incumplido. En tal caso el trabajador percibirá la retribución correspondiente al período alusivo a la falta de preaviso. Asimismo el trabajador tendrá derecho, producida la extinción del contrato por desistimiento del empleador, a la indemnización que para este supuesto de extinción fija el nº 1 del art. 11 del RD 1382/85 del 1 de agosto . Independientemente de la anterior regulación extintiva de la relación laboral, el trabajador queda sujeto a las normas de carácter general reguladoras del despido disciplinario en el caso de que incurra en incumplimientos contractuales. En el Anexo al contrato se pacta una retribución variable del 2% sobre los beneficios netos obtenidos como consecuencia de las obras que se ejecutan bajo su dirección y por tanto bajo su responsabilidad. A partir de que el importe bruto de este 2% sea equivalente a dos veces la retribución bruta fija anual se aplicará en su lugar un 0,5% sobre el citado beneficio neto". **5º.-** Dº Javier tiene poder general para: concurrir a todo tipo de licitaciones, adjudicaciones y subastas, suscribir contratos de adjudicación o ejecución de obra o servicios; comprar mercaderías y contratar hasta la cantidad máxima de 300.000, contratar y despedir personal, depositar y retirar avales, cobrar o recoger documentos de cobros, firmar certificaciones, representar legalmente a la sociedad ante toda clase de organismos, constituir UTT, otorgar en nombre de la sociedad poderes para pleitos, otorgar documentos públicos, representar a la sociedad en toda clases de juntas o reuniones, etc. **6º.-** Dº Javier percibió en concepto de retribución variable del año 2008 la cantidad de 222.130 euros en la nómina de octubre de 2009 y 222.130 euros en la nómina de abril de 2010. Por carta de fecha 26-5-10 la empresa le reconoce una variable de 368.977 euros en concepto de variable el ejercicio de 2009. **7º.-** En fecha 22-4-05 la empresa demandada realizó una oferta de trabajo a Dº Romeo en la que se le ofrecía una retribución global de 85.000 euros brutos anuales distribuidos en 14 pagas. Ambas partes celebraron un contrato laboral indefinido a tiempo completo en fecha 10-5-05 en el que se pacta dicha cantidad por todos los conceptos salariales y se le reconoce una antigüedad del 4-10-94. En la cláusula 9º se regula una indemnización por despido objetivo declarado improcedente de 33 días de salario por año de servicio. En el Anexo del contrato consta que el actor realiza funciones de Delegado Zona Centro II y que, además de la cantidad bruta fija anual, se pacta otra cantidad variable "equivalente al 3% calculado sobre los beneficios netos obtenidos como consecuencia de las obras que se ejecuten en la zona de su delegación y por tanto bajo su responsabilidad. A partir de que el importe bruto de este 3% sea equivalente a dos veces la retribución bruta fija anual se aplicará en su lugar un 0,5% sobre el citado beneficio neto. El abono de dicha cantidad que corresponda por este concepto, siempre que acontezcan los supuestos que dan lugar a su devengo, se realizará por la empresa una vez cerrado el ejercicio económico del año anterior y en cualquier caso dentro del primer cuatrimestre del año siguiente al que sea objeto de liquidación. De dicho importe se retendrá el 15% cuya cantidad le será satisfecha al siguiente año y así sucesivamente. Teniendo en cuenta lo dispuesto en el nº 3 del art. 26 ET , se pacta por la empresa y el trabajador que el percibo de la cantidad correspondiente a incentivo variable no tienen carácter consolidable y queda vinculada directamente a la obtención de beneficios



económicos generados en la empresa". **8º.**- Dº Romeo percibió en concepto de variable correspondiente al año 2008 la cantidad de 27.495,71 euros en la nómina de diciembre de 2009 y 105.000 euros en la nómina de octubre de 2009. Por carta de fecha 26-5-09 la empresa le confirma que el variable que le corresponde es de 92.553,18 euros. **9º.**- Para el cálculo de la retribución variable del año 2009 de los actores se siguen el siguiente método: se determina el margen de la suma de todas las obras, se realizan los ajustes en los gastos de estructura (1,2 % de producción y 7% de estructura central), se recargar al final de año los gastos reales y sobre el margen total se aplica el porcentaje del 3% (o 2%) para calcular la retribución variable (documento nº 25, 38, 50 de la actora). **10º.**- En el año 2010 la empresa demandada ha tenido que dotar unos 36 millones de euros por impagos. Teniendo en cuenta dicha provisión, los costes de estructura financiera son negativos y por ello el beneficio obtenido es negativo y no se devenga retribución variable del año 2010 (documentos nº 57 a 59 de la empresa). Si no se computara dicha provisión, la empresa hubiera obtenido un beneficio en cada delegación y se habría devengado la retribución variable a favor de los trabajadores (Anexo II del documento nº 58 de la actora). **11º.**- Para el caso de estimar la pretensión de la actora, tendría derecho a percibir en concepto de retribución variable para el año 2010 las siguientes cantidades (Anexo II del documento nº 58 de la actora): Efrain : 206.237,01 euros. Javier : 312.397,80 euros. Romeo : 202.162,69 euros. **12º.**- Por burofax de fecha 21-12-10 el letrado Sr. Barajano, en nombre de 15 trabajadores de la empresa, entre ellos los actores, reclamó la retribución variable del año 2009 y del año 2010 aun no devengada (documento nº1 de la actora). **13º.**- En fecha 27-1-11 la empresa remite un e-mail a cinco trabajadores, entre ellos al Sr. Javier , remitiendo una propuesta de acuerdo respecto a la retribución variable, señalando como fecha de pago para el variable del años 2009 el 28-2-11 y respecto a la del 2010, aun no determinada, se establece con fecha máxima el 31-12-11 y hasta un máximo de 120.000 euros por persona y el resto en pago diferido. Respecto al variable de 2011 y sucesivos, las partes acuerdan modificar el actual sistema de devengo, cuantificación y abono, de tal modo que se vinculará al contrato de refinanciación que se está negociando con las entidades financieras (documento nº 2 de la actora e interrogatorio de la empresa). **14º.**- Por e-mail de fecha 13-2-11 los trabajadores realizan otra propuesta para modificar la retribución variable consistente en que: la retribución variable de 2009 se abone el 50% el 28-2-11 y el resto hasta el 20-4-11; y el variable de 2010 se abonará como límite el 30-9-11; y en cuanto al devengo en el 2011 proponen una fórmula para su cálculo (documento nº4 de la actora). **15º.**- La empresa propone una prórroga del acuerdo hasta el 18-3-11, siendo aceptado por los trabajadores (documentos 5 y 6 de la actora). **16º.**- En fecha 28-3-11 (lunes) los actores interpusieron papeleta ante el SMAC reclamando la retribución variable del año 2009, siendo señalada el acto de conciliación para el 14-4-11. Otros trabajadores de la empresa ha reclamado el variable y no han sido despedidos (interrogatorio de la empresa). **17º.**- El día 28-3-11 sobre las 9,38 h el Sr. Romeo remitió a la empresa la papeleta de conciliación sobre la reclamación de cantidad de (documento nº 10 de la actora). **18º.**- El día 28-3-11 la empresa ofrece verbalmente un puesto en Colombia al Sr. Efrain (documento nº 13 de la actora). En fecha 29-3-11 la empresa remite un e-mail al Sr. Efrain manifestando que, como alternativa a la extinción del contrato, le había ofrecido un puesto de delegado de Colombia, pero que tras su rechazo resultado complicado ofrecerle otro puesto y no proceder a su extinción (documento nº 11 de la actora). En fecha 31-3-11 manifiesta que no acepta el traslado (documento nº12 de la actora). **19º.**- El día 30-3-11 (miércoles) la empresa ofrece este mismo puesto al Sr. Javier , manifestando éste que debe pensarlo y que contestará el viernes (documento nº 13 de la actora). Al día siguiente la empresa le remite nuevo correo reiterando la propuesta (documento nº 14 y testifical del Sr. Nicanor). El día 1-4-11 sobre la 1 h de la mañana, el actor le remite un e-mail manifestando que le contestará mañana a las 9 h. No constando probado que dicho e-mail fuera leído por el destinatario a primero hora de la mañana (documento 15 de la actora y testifical Don. Nicanor). **20º.**- La empresa demandada notificó una carta de despido a los Sres. Efrain y Javier en fecha 1-4-11 y al SR. Romeo en fecha 30-3-11, fundamentada en causas objetivas por la necesidad de amortizar un puesto de trabajo. Dichas cartas obran en autos y que se dan por reproducidas. Los actores han percibido las indemnizaciones determinadas en las cartas de despido, siendo las siguientes: Efrain : 26.902,14 euros. Javier : 129.122,57 euros. Romeo : 90.212,13 euros. La empresa no ha dado el preaviso de 15 días a los actores, no habiéndoles abonado los salarios correspondientes. **21º.**- La empresa ha realizado despido objetivos de sus trabajadores en las siguientes fechas: 31-1-11 (3 despidos), 4-2-11 (1), 7-2-11 (3), 9-2-11 (4), 11-2-11 (1), 14-2-11 (1), 4-3-11 (2), 11-3-11 (1), 14-3-11 (2), 25-3-11 (1), 30-3-11 (1), 1-4-11 (3, que son los actores), 1-4-11 (1), 4-4-11 (1), 26-4-11 (1), 30-4-11 (16), 6-5-11 (1), 13-5-11 (8), 25-5-11, 19-5-11 (2), 27-5-11 (29, 3-6-11 (1) y 30-6-11 (1). En la relación de despidos objetivos aportada por la empresa, no se habían computado los despidos de Dº Alberto , Donato , María Purificación , Jon , Rubén y Felicidad (documentos nº 55 del actor y nº 75 de la empresa y diligencia para mejor proveer). **22º.**- La empresa ha efectuado una nueva organización consistente e unificar la Zona Centro, Levante y Andalucía Oriental II, siendo asumida toda la zona por el responsable de Andalucía Oriental II. Las funciones del Sr. Romeo y Sr. Efrain han sido asumidas por Dº Alfonso , Delegado de Andalucía Orienta II. Las funciones del Sr. Javier han sido asumidas por el Director de Obra civil Dº Evelio (documento nº 16 del actor e interrogativo de la empresa). **23º.**- El Grupo Empresarial Sando está constituido, entre otras, por las siguientes empresas: CONSTRUCCIONES, ASFALTOS Y CONTROL S.L (CONACON), LAIETANA OBRAS Y PROYECTOS S.A, SANDO DESARROLLOS CONSTRUCTIVOS, LAIETANA



OBRAS Y PROYECTOS SA, SANDO BODOWNICTWO POLSKA SP y CONSTRUCCIONES SANCHEZ DOMINGUEZ SAU y otras dependientes. Todas las empresas del grupo presentan cuentas consolidadas con la matriz y dichas cuentas están auditadas por una empresa externa que realiza la contabilidad de todas ellas. **24º.**- En la Cuenta de Pérdidas y de Ganancias del Grupo empresarial Sando y sociedades dependientes, constan los siguientes datos económicos (en miles de euros):

-Importe Neto de la cifra de negocios: en el año 2008: 902.492; en el 2009: 781.159; en el 2010: 704.306; y a fecha 31-3-11: 144.988.

-Resultado de la explotación: en el año 2008: -246.294; en el 2009: -38.810; en el 2010: 19.569; y a fecha 31-3-11: 9246.

-Resultados antes de impuestos; en el año 2008: -316.715; en el 2009: -84.677; en el 2010; -16.872; y a fecha 31-3-11: - 2.976.

-Resultados del ejercicio: en el año 2008: -236.038; en el 2009: -61.019; en 2010: -6.570; y a fecha 31-3-11: -5.517. (Cuentas anuales y pericial de la empresa). **25º.**- En la Cuenta de Pérdidas y de Ganancias de Sando Desarrollos Constructivos S.L y sociedades dependientes (en miles de euros) consta:

-Importe Neto de la cifra de negocios: en el año 2008: 681,432; en el 2009: 574.721; en el 2010: 516.753.

-Resultado de la explotación: en el año 2008: 20.103; en el 2009: 44.601; en el 2010: 39.927.

-Resultados antes de impuestos; en el año 2008: 31.928; en el 2009: 48.060; en el 2010; -6.332.

-Resultados del ejercicio: en el año 2008: 21.743; en el 2009: 32.697; en 2010: 1.956. (Cuentas anuales y pericial de la empresa). **26º.**- En la Cuenta de Pérdidas y de Ganancias de la empresa Construcciones Sando S.A, se observan los siguientes datos económicos (en euros):

-Importe Neto de la cifra de negocios: en el año 2008: 614.851,311; en el 2009: 488.657,192; en el 2010: 348.624,635; y a fecha 31-3-11: 66.389, 882.

-Resultando de la explotación: en el año 2008: 17.021,525; en el 2009: 33.851,778; en el 2010: 26.560,453; y a fecha 31-3-11: 165.031.

-Resultados antes de impuestos; en el año 2008: -27.989,551; en el 2009: 38.530,579; en el año 2010; -8.118.092 y a fecha 31-3-11: 1.293,313.

-Resultados del ejercicio: en el año 2008: 18.915,170; en el 2009: 25.443.405; en 2010: 117.275; y a fecha 31-3-11: - 2.721.386. (Cuentas anuales y pericial de la empresa). **27º.**- De los datos productivos en el sector de la construcción de la empresa demandada se observan los siguientes datos en el periodo de 2007 a 2010: - En las obras en producción: el importe medio de cada obra se ha reducido en un 40%. - En las obras en cartera: el importe medio de cada obra se ha reducido en un 37% (cuentas anuales y pericial de la empresa). **28º.**- En la Memoria explicativa de las cuentas anuales de la empresa demandada para el año 2010 consta en la nota 9,4 lo siguiente: "Tal como se indica en la nota 18 el saldo pendiente de cobro a Sando Servicios Corporativos asciende a 121.088 millones de euros. Sando Servicios Corporativos es la sociedad que se encarga de la gestión de Tesorería y de las necesidades de financiación para todo el Grupo, lo que realiza de forma conjunta actuando como central de Tesorería y con independencia de la identificación financiera de estos saldos, esta cuenta recoge principalmente los saldos derivados de las operaciones de tráfico entre sociedades del grupo una vez llegado el vencimiento. En virtud de las posibles insolvencias originadas por la situación financiera de las sociedades del área inmobiliaria del Grupo Sando, principalmente Sando Proyectos Inmobiliarios SA, la sociedad ha registrado un deterioro de las cuentas a cobrar de las mismas por importe de 36.326 miles de euros". (documento nº29 de la empresa). **29º.**- La empresa Sando Servicios Corporativos SLU es una empresa del Grupo que realiza funciones de Tesorería y actúa como intermediaria en las operaciones de cobro-pago entre las demás empresas. Carece de capacidad patrimonial y es mera central de tesorería del grupo (pericial de la empresa). **30º.**- Las anotaciones contables de las operaciones de tráfico entre empresas se efectúa del modo siguiente: cuando la empresa demandada realiza obras de urbanización y/o edificación para Sando Proyectos Inmobiliarios S.A, la constructora aparecerá una cuenta a cobrar a la inmobiliaria hasta su vencimiento. Una vez vencida la cuenta, la constructora traspasa ese saldo a la sociedad Sando Proyectos Corporativos S.L, que se encarga de la gestión global de la tesorería del grupo. Y mediante dicha operación, la cuantía a cobrar que tenía la constructora se convierte en cuenta a cobrar a Sando Proyectos Corporativos S.L (pericial de la empresa y cuentas anuales). **31º.**- A fecha 31-12-10, la empresa Sando Proyectos Corporativos S.L tiene un saldo deudor con Sando Proyectos Inmobiliarios S.A de 474,31 millones de euros, por lo que si no puede cobrar dicha deuda, no puede hacer efectiva a las empresas constructoras (Construcciones Sánchez Domínguez y CONACON) la deuda pendiente con ellas (pericial de la empresa y cuentas anuales). **32º.**- La empresa demandada había elaborado un Plan de negocio para los años 2009-15 con la finalidad de financiar



la deuda. Durante los años 2009 y 2010 había ciertas expectativas de que dicho Plan cumpliera, pero a finales del 2010 se tiene constancia de que no se puede cumplir el Plan de negocio. A consecuencia de ello, la empresa acordó reducir los costes de estructura y crear una dotación por deterioro (testifical del Sr. Sabino). **33º.-** La deuda existente era de 121.088 miles de euros, de la cual la empresa demandada provisiona el 30% esto es: 36.326,472 euros, y el resto se garantiza por la matriz. Dicho límite en la provisión es una decisión económica derivada de los recursos económicos del grupo (pericial de la empresa y testifical del Sr. Sabino). **34º.-** La empresa está elaborando un nuevo Plan de negocio a partir del año 2011, para lo cual está actualmente renegociando las condiciones de financiación con las entidades financieras, aislando la actividad inmobiliaria y pactando un nuevo sistema de retribución variable con algunos directivos, no incluidos los actores (documentos nº 8 a 14 de la empresa y testifical del Sr. Sabino). Si las entidades financieras no aceptaran el nuevo plan de refinanciación, la necesidad de provisión podría aumentar cabría acudir a un procedimiento concursal. **35º.-** La media relativa a la amortización de puestos de trabajo ha supuesto una nueva organización interna (documentos nº 53 y 54 de la empresa) que ha reducido los costes de personal. **36º.-** Por auto de fecha 16-5-11 del Juzgado de Instrucción nº30 de Madrid se admite a trámite la querrela criminal interpuesta por Dº Augusto contra los administradores sociales de la empresa por presuntos delitos societarios. **37º.-** La empresa demandada tiene más de 300 trabajadores en plantilla. **38º.-** La parte actora no ostenta cargo sindical ni representativo alguno. **39º.-** Con fecha 9-5-11 se celebró el acto de conciliación previa con resultado de sin avenencia."

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: "Que desestimando totalmente la demanda interpuesta por Dº Efrain , Javier y Romeo frente a CONSTRUCCIONES SANCHEZ DOMINGUEZ SANDO S.A. debo DECLARAR Y DECLARO PROCEDENTE EL DESPIDO objetivo de los trabajadores y en consecuencia ABSUELVO a la empresa demandada de todos los pedimentos de la demanda."

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por DON Efrain , DON Javier , DON Romeo ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, la cual dictó sentencia en fecha 27 de febrero de 2012 , en la que consta el siguiente fallo: "estimamos en parte el recurso de suplicación interpuesto por los demandantes Dº Efrain , Dº Javier , Dº Romeo , contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 31 de MADRID en fecha 22-7-11 en autos 561/11 sobre despido, seguidos a instancia de los recurrentes contra CONSTRUCCIONES SÁNCHEZ DOMÍNGUEZ SANDO S.A., y en consecuencia revocamos dicha sentencia y, estimando en parte la demanda, declaramos la nulidad del despido de los demandantes y condenamos a la demandada a readmitir a los actores en las mismas condiciones y a abonarles las indemnizaciones por preaviso (que son: D. Javier , 5.513,55 €; D. Romeo , 4.157,40 €; y D. Efrain , 4.550,10 €) así como los salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la notificación de esta sentencia a razón de los salarios declarados en el hecho probado 1º de la sentencia del Juzgado, salvo que los actores hubieran encontrado otro empleo y se probase por el demandado la cuantía de lo percibido en el mismo a efectos de su descuento de los salarios de tramitación, lo que podrá determinarse en ejecución de sentencia. Todo ello sin perjuicio de lo establecido en el art. 57 del Estatuto de los Trabajadores . Los demandantes deberán devolver la indemnización percibida. Sin costas."

TERCERO.- Por la representación de CONSTRUCCIONES SÁNCHEZ DOMINGUEZ-SANDO S.A. se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina que tuvo entrada en el Tribunal Superior de Justicia de Madrid el 26 de abril de 2012. Se aporta como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia en fecha 21 de noviembre de 1996 .

CUARTO.- Con fecha 10 de septiembre de 2012 se admitió por esta Sala a trámite el presente recurso, y no habiéndose personado la parte recurrida no obstante haber sido emplazada pasa lo actuado al Ministerio Fiscal a fin de que informe en el plazo de diez días sobre la procedencia o improcedencia del presente recurso.

QUINTO.- Evacuado el traslado de impugnación por el Ministerio Fiscal se emitió informe en el sentido de considerar el recurso PROCEDENTE, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 17 de enero de 2013, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. La cuestión planteada en el presente recurso consiste en determinar los límites entre el despido colectivo y el individual objetivo y, más concretamente, como debe computarse el periodo de noventa días que fija el art. 51-1 del Estatuto de los Trabajadores para determinar el número de despido objetivos que dan lugar a la calificación de los mismos como colectivos y obliga a la tramitación de un expediente de regulación de empleo, dado que el precepto citado no establece como debe hacerse ese cómputo: si hacia atrás, esto es mirando a lo acaecido en el periodo de tiempo anterior; si mirando al futuro, esto es iniciando el cómputo el día de la extinción hacia adelante o si cabe el cómputo simultáneo hacia el pasado y hacia el futuro, siempre que se



computen noventa días y que todas la extinciones contractuales, sobre todo las controvertidas, queden dentro de ese periodo o si finalmente, deben computarse los noventa días anteriores al despido y los posteriores.

2. El problema ha sido resuelto de forma distinta por las sentencias comparadas en el presente recurso a efectos de acreditar la existencia de contradicción doctrinal que viabiliza el presente recurso, conforme al artículo 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (L.J .S.). La sentencia recurrida, tras estimar que el periodo de noventa días podría computarse hacia adelante (a partir del día del despido) y hacia atrás (periodo anterior al despido), señala que lo mejor es iniciar el cómputo del primer periodo de noventa días cuando la empresa realiza el primer despido, día a partir del que correría el primer periodo de noventa días, con la consecuencia de que durante el mismo no se puede superar el tope de despidos que condiciona la calificación de los mismos como colectivos. Como ese primer despido no es el del trabajador afectado, sino el primero por causas objetivas, la sentencia computa el primer periodo de noventa días comprendiendo dentro de él los treinta días siguientes al del despido de los demandantes y los sesenta anteriores con la consecuencia de declarar nulos los despidos por haberse superado el tope legal con los 16 despidos objetivos producidos el 30 de abril de 2011, esto es un mes después del despido de los actora.

Sin embargo, la sentencia de contraste, dictada el 21 de noviembre de 1996 (R.S. 4794/96) del Tribunal Superior de Justicia de Galicia ha resuelto de forma distinta el problema y señalado que "las extinciones de contratos a tener en cuenta habrán de ser las realizadas en un periodo de noventa días... debiendo ser tal periodo precedente a la fecha de la extinción en el proceso cuestionada".

La contradicción, como ha informado el Ministerio Fiscal, existe porque la misma cuestión ha sido resuelta de forma distinta en supuestos de despidos objetivos en los que se controvertía si eran individuales o colectivos a los efectos del art. 51-1 del Estatuto de los Trabajadores . Concurren, por tanto, los requisitos que, conforme al artículo 219 de la L.J .S., viabilizan el recurso de casación unificadora y procede, por tanto, entrar a conocer del fondo del asunto y a unificar las doctrinas dispares que se han señalado.

SEGUNDO.- 1. El recurso alega la infracción de los artículos 51-1 y 52-c) del Estatuto de los Trabajadores en relación con los artículos 122-2-b y 124 de la L.J .S., al entender la recurrente que la forma de computar el periodo de noventa días que establece el artículo 51-1 del E.T ., a efectos de delimitar la calificación del despido como colectivo o individual no es correcta.

La cuestión planteada ha sido ya unificada por esta Sala en favor de las tesis mantenidas por la sentencia de contraste. En nuestra sentencia de 23 de abril de 2012 (Rcud. 2724/2011), cuyo criterio debemos mantener en aras al principio de seguridad jurídica, al no ofrecerse razones que justifiquen un cambio de doctrina, esa solución la justificamos diciendo: "Una interpretación lógico sistemática del artículo 51-1 del Estatuto de los Trabajadores nos muestra que el mismo, a efectos de definir el despido colectivo y diferenciarlo del individual, establece en su primer párrafo una norma general, mientras que en el último sienta una norma antifraude, encaminada a evitar la burla de la regla general. La norma general se conecta con el número de extinciones contractuales producidas "en un periodo de noventa días", término cuyo cómputo constituye la causa de este recurso. La regla antifraude se contiene en el último párrafo del precepto interpretado donde se dispone: "Cuando en periodos sucesivos de noventa días y con el objeto de eludir las previsiones contenidas en el presente artículo, la empresa realice extinciones de contratos al amparo de lo dispuesto en el artículo 52, c) de esta Ley en un número inferior a los umbrales señalados, y sin que concurran causas nuevas que justifiquen tal actuación, dichas nuevas extinciones se considerarán efectuadas en fraude de Ley, y serán declaradas nulas y sin efecto".

"Ante la literalidad del precepto una primera aproximación nos muestra que el día del despido va a ser el día final del plazo (el "dies ad quem") para las extinciones contractuales que se acuerden ese día, así como el día inicial ("dies a quo") para el cómputo del periodo de los noventa días siguientes. Esta interpretación de un precepto que mejora los límites establecidos al respecto por el artículo 1 de la Directiva 98/59, de 20 de julio, del Consejo de las Comunidades Europeas, tiene su base en la literalidad de la norma: Si el despido es colectivo cuando sobrepasa determinados límites, es claro que el "dies ad quem" para el cómputo de los noventa días debe ser aquél en el que se acuerda la extinción contractual, por ser el día en el que se superan los límites que condicionan la existencia del despido colectivo, figura que no existe, que no se da hasta que el número de extinciones supera los límites del cálculo matemático que establece la norma. Apoya esta solución el hecho de que el futuro no se conoce y de que es muy difícil que el legislador de pautas para presumir y sancionar lo que alguien hará o lo que piensa hacer. Por ello, se fija el "dies ad quem" coincidiendo con la fecha en que se acuerda la extinción, en la fecha en la que los hechos son ciertos y sin género de dudas se puede calificar si el despido es colectivo con arreglo a la ley y no con arreglo a un futuro incierto, pues la norma trata de generar seguridad jurídica y no incertidumbres".



"Abona esta respuesta el último párrafo del art. 51-1 del E.T . que, al decir "Cuando en periodos sucesivos de noventa días... la empresa realice extinciones...", nos indica que el cómputo debe hacerse por periodos "sucesivos" de noventa días, lo que supone que no cabe un cómputo variable (cambiable o movable) del periodo de noventa días, sino que debe fijarse un día concreto para determinar el día inicial y el final de cada periodo con la particularidad de que el día final de un periodo constituye el "dies a quo" para el cómputo del siguiente. Si ello es así, la solución no puede ser otra que la apuntada: el día en que se acuerda la extinción constituye el día final del cómputo del primer periodo de noventa días y el inicial del siguiente".

2. La aplicación de la anterior doctrina obliga a casar la sentencia recurrida que computa el periodo de noventa días con una escala móvil que supone tener en cuenta periodos de tiempo pasados y venideros en contra de lo señalado por nuestra doctrina y de la literalidad de la Ley que, al hablar de periodos sucesivos de noventa días, nos indica que no cabe mezclar unos periodos con otros, sino que el cómputo es sucesivo, esto es que cuando acaba el uno empieza el otro. Debe tenerse presente que la sentencia recurrida funda la nulidad de los despidos en el primer párrafo del art. 51-1 del E.T . lo que comporta que deba anularse el pronunciamiento fundado en esa interpretación errónea, sin que este Tribunal pueda plantearse de oficio la aplicación del último párrafo del citado artículo 51-1, pues el carácter extraordinario de este recurso lo impide, aparte que la propia sentencia recurrida reconoce que, cuando posteriormente se supera el umbral del art. 51-1 del E.T ., sólo son nulas las extinciones contractuales que se produzcan a partir de esa superación, nulidad que no afectaría a los demandantes, cual se deriva de la literalidad del último párrafo del art. 51-1 del E.T ..

Dada la naturaleza extraordinaria de este recursos, tampoco puede este Tribunal examinar de oficio si se ha producido en el proceder de la empresa un obrar fraudulento contrario al artículo 6-4 del Código Civil , máxime cuando no consta que los despidos objetivos posteriores tengan la misma causa (económica, técnica, organizativa o productiva), ni la proximidad de los ceses posteriores permite presumir que la empresa cuando despidió a los actores ya sabía lo que haría un mes después, momento en el que, teóricamente, se habría superado el umbral que obliga a calificar los despidos como colectivos.

3. Procede, pues, estimar el recurso, casar y anular la sentencia recurrida y acordar, una vez resuelta la inexistencia de nulidad, devolver las actuaciones a la Sala de suplicación para que con libertad de criterio resuelva el decimoséptimo motivo de suplicación, relativo a la calificación como procedentes o improcedentes de los despidos, cuestión controvertida que no abordó por estimar que los despidos eran nulos. Sin costas.

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

FALLAMOS

Que estimando como estimamos el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por el Procurador Don Rafael Gamarra Mejías en nombre y representación de CONSTRUCCIONES SÁNCHEZ DOMINGUEZ-SANDO S.A. contra la sentencia dictada el 27 de febrero de 2012 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en recurso de suplicación nº 5803/2011 , interpuesto contra la sentencia de fecha 22 de julio de 2011, dictada por el Juzgado de lo Social nº 31 de Madrid , en autos núm. 561/2011, seguidos a instancias de DON Efrain , DON Javier y DON Romeo contra CONSTRUCCIONES SANCHEZ DOMINGUEZ SANDO S.A., debemos casar y anular la sentencia recurrida y acordar, una vez resuelta la inexistencia de nulidad, devolver las actuaciones a la Sala de suplicación para que con libertad de criterio resuelva el decimoséptimo motivo de suplicación, relativo a la calificación como procedentes o improcedentes de los despidos. Sin costas y con devolución a la recurrente de los depósitos y consignaciones constituidos para recurrir.

Devuélvanse las actuaciones al Organo Jurisdiccional de procedencia ,con la certificación y comunicación de esta resolución.

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

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