



Roj: **STS 4641/2012 - ECLI:ES:TS:2012:4641**

Id Cendoj: **28079140012012100455**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **23/04/2012**

Nº de Recurso: **2724/2011**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**

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

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ AND 3300/2011,**
STS 4641/2012

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintitrés de Abril de dos mil doce.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala, en virtud del recurso de casación para la **unificación de doctrina** interpuesto por el Letrado Don Enrique Cabral González-Sicilia en nombre y representación de DON Eulalio contra la sentencia dictada el 10 de mayo de 2011 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Sevilla, en recurso de suplicación nº 3810/10, interpuesto contra la sentencia de fecha 27 de julio de 2010, dictada por el Juzgado de lo Social nº 4 de Sevilla, en autos núm. 684/10, seguidos a instancias de DON Eulalio contra GALLETAS ARTIACH S.L.U., PANRICO S.L.U., PRODUCTOS ALIMENTICIOS LA BELLA EASO S.A.U. sobre DESPIDO.

Ha comparecido en concepto de recurrido PRODUCTOS ALIMENTICIOS LA BELLA EASO, S.A.U. representado por el Letrado Don José Antonio Domínguez López.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 27 de julio de 2010 el Juzgado de lo Social nº 4 de Sevilla dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos: " **1º.-** D. Eulalio, N.I.F NUM000, vino prestando servicios bajo las órdenes y la dependencia de la empresa Bella Easo S.A.U. con una antigüedad de 11.05.2004, con la categoría profesional de promotor comercial, en el centro de trabajo sito en la Avenida Alcalde Luis Uruñuela S/N, Edificio Congreso. Módulo 105, de Sevilla, con un salario diario a efectos, de despido de 65,63 euros. **2º.-** La parte actora no ostenta ni ha ostentado la condición de representante legal o sindical de los trabajadores. **3º.-** La empresa comunicó al trabajador en fecha de 16.3.2010 su despido con fecha de efectos de 5.05.2010, en los términos que obran en folios 10 a 21, que por su extensión, damos por reproducidos, con la misma se adjunta un cheque por importe de 8.762.64 euros no aceptado por el trabajador (documento número 3 de los de la demandada). La realidad de los datos económicos, contables y comerciales vertida en la comunicación de la extinción del contrato queda acreditada a través de la documentación contable, fiscal y financiera aportada por la parte demandada. **4º.-** En efecto, tal como consta en la carta, tras la adquisición de La Bella Easo por Iberian Foods, se realizó un análisis para ser más competitivos y se acordó la integración comercial: - Cuentas Anuales: Se integran las fuerzas de ventas de Pan Rico y La Bella Easo, manteniendo separada Artiach en la categoría de galletas. Continúan con las mismas responsabilidades Celestino para Panrico/La Bella Easo y Ovidio para Artiach. Cuentas Regionales: Se crea una única fuerza de ventas cuyo objetivo es optimizar la presencia en el mercado de Panrico, La Bella Easo y Artiach. El líder de esta unidad es Jesús Carlos. Jesús Carlos reporta a Celestino en lo referente a Panrico/La Bella Easo y a Leandro para las cuestiones relativas a Artiach. Gestión de punto de venta: Se crea una única fuerza de ventas cuyo objetivo será maximizar



la presencia de los productos de Artiach y la Bella Easo en las tiendas de las principales cuentas nacionales y regionales que se aprovisionan de productos de estas marcas desde plataforma. El líder de esta unidad es Carlos José , que reporta a Ezequiel para las cuestiones relativas a Artiach y a Celestino para lo referente a La Bella Easo (documento nº 9 de los de la demandada). 5º.- Para ello se había encargado a la empresa Europraxis la elaboración de un informe, que se plasma en el documento nº 19 de los de la demandada, que se da por reproducido, en que se aconsejaba, precisamente la integración comercial, a fin de ser más competitivos y evitar la "autocompetencia". Las directrices marcadas en el citado informe fueron llevadas a la práctica por las empresas. 6º.- En fecha de 7.03.2008 Artiach (antes Nabisco Iberia S.L.) y Metafase firmaron un contrato de arrendamiento de servicios, en cuya virtud ésta última realizaría labor de promoción, recogida de información útil para la Compañía, actividades de preventa, venta etc (documentos nº 11 y 12 de los de la demandada). 7º.- En documento número 13 de los de la demandada, que se da por reproducido, consta la relación de extinciones de contratos de trabajadores por causas objetivas en la empresa La Bella Easo S.A.U. en el período comprendido entre 7.11.2009 y 5.5.2010 y que asciende a 19 trabajadores. 8º.- En fecha de 1.04.2010 Artiach y La Bella Easo firmaron un contrato de servicios de colaboración, en cuya virtud, acordaron colaborar conjuntamente para el desarrollo de su respectivas actividades de gestión en los puntos de venta y, en este sentido, acuerdan agrupar sus equipos dedicados a esta actividad en un equipo común que realizará los citados servicios en relación con los clientes que en el mismo contrato se relacionan. (documento número 10 de los de la demandada). 9º.- La empresa La Bella Easo S.A. solicitó, mediante escrito de fecha de entrada de 4.12.2009, que se instara expediente de regulación de empleo en el centro de trabajo sito en Zaragoza a fin de extinguir 115 contratos laborales. Tramitado el correspondiente expediente se dictó Resolución de fecha de 2.02.2010 por el que se autoriza a la empresa citada a extinguir 14 contratos de trabajo, la suspensión de 206 contratos de trabajo durante un período máximo de 196 días naturales, entre el período de 1.02.2010 a 31.12.2011. 10º.- En fecha de 25.07.2008 se constituyó la sociedad Galletas Ártica S.L. por Panrico S.L.U. Su administrador único es D. Anton y su objeto social es el que figura en el Art. 2º de sus Estatutos, que damos por reproducido. El domicilio social radica en Santa Perpetua de Mogoda (Barcelona), Carretera de Sabadell a Mollet, km. 43.2 (documento número 6 de los de la demandada). 11º.- La parte actora interpuso papeleta de conciliación el día 5.5.2010, que se celebró sin avenencia el día 13.05.2010 (folio 22), por lo que interpuso la demanda origen del presente procedimiento."

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: "QUE DEBO DESESTIMAR Y DESESTIMO la demanda interpuesta por D. Eulalio , contra GALLETAS ARTIACH S.L.U., PANRICO S.L.U., PRODUCTOS ALIMENTICIOS LA BELLA EASO S.A.U., en reclamación por DESPIDO, en cuya virtud, debo declarar y declaro el mismo como PROCEDENTE, absolviendo a los demandados de las pretensiones deducidas de contrario."

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por DON Eulalio ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla, la cual dictó sentencia en fecha 10 de mayo de 2011 , en la que consta el siguiente fallo: "Debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por Eulalio contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número CUATRO de los de SEVILLA de fecha 27 de Julio de 2.010 , recaída en los autos del mismo formados para conocer de demanda formulada por Eulalio contra PANRICO SLU, GALLETAS ÁRTIACH SLU y PRODUCTOS ALIMENTICIOS LA BELLA EASO SAU sobre DESPIDO y, en su consecuencia, debemos confirmar y confirmamos la resolución recurrida."

TERCERO.- Por la representación de DON Eulalio se formalizó el presente recurso de casación para la **unificación de doctrina** que tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal el 22 de julio de 2011. Se aporta como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón en fecha 30 de diciembre de 2010 .

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 17 de noviembre de 2011 se admitió a trámite el presente recurso, dándose traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de la parte recurrida para que formalice su impugnación en el plazo de diez días.

QUINTO.- Evacuado el traslado de impugnación por el Ministerio Fiscal se emitió informe en el sentido de considerar el recurso IMPROCEDENTE, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 7 de marzo de 2011, 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.



2. La sentencia recurrida contempla el caso de un trabajador, promotor comercial, despedido por razones objetivas el 5 de mayo de 2010, mediante carta recibida el 16 de marzo anterior. La empresa el 2 de febrero anterior había extinguido 14 contratos de trabajo, actuación autorizada en expediente de regulación de empleo. El operario demandante accionó por despido nulo, al haber sido realizado en fraude de ley, pretensión que le fue denegada. La sentencia computa a estos efectos sólo los 19 trabajadores despedidos con efectos del 5 de mayo de 2010, como el actor, pero se niega a computar los despidos y extinciones contractuales posteriores al cese del mismo que en número de doce alega el recurso. Tal decisión la funda en que solo constan seis extinciones posteriores a esa fecha, en que no consta la causa de esas extinciones, en que las nuevas extinciones sólo son computables cuando se funden en las mismas causas objetivas y en que el último párrafo del artículo 51-1 del E.T. muestra que el fraude de ley y la consiguiente nulidad sólo afectan a las nuevas extinciones, esto es a las posteriores a la impugnada, porque el fraude sólo puede alcanzar a las decisiones extintivas tomadas después y con las que se supera el límite legal, pero no a las tomadas inicialmente, cuando la empresa ignoraba.

3. Contra la anterior sentencia se interpone el presente recurso que como sentencia contrapuesta a ella, a fin de acreditar la existencia de contradicción doctrinal que viabiliza el recurso, cita la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón el 30 de diciembre de 2010 en el recurso de suplicación 954/2010. En esta sentencia se contempla un supuesto similar al de la recurrida: se trata de la misma empresa y, aunque de empleado en otro centro de trabajo, los demandantes, promotores comerciales, forman parte del grupo de 19 trabajadores cuyos contratos se extinguieron el 5 de mayo de 2010. Sin embargo, la sentencia de contraste computa las 12 extinciones contractuales acordadas en fechas posteriores con relación al personal de administración, a fin de determinar que se trata de un despido colectivo por superarse los límites del artículo 51-1 del E.T. Debe añadirse que la empresa extinguió el 7 de mayo de 2010 los contratos de todo el personal de administración (12) trabajadores con los que llegó al acuerdo de abonarles una indemnización de 30 días de salario por año de servicio. Consecuencia del cómputo de estos ceses es que la sentencia de contraste considera que se ha sobrepasado en un periodo de noventa días el número de extinciones contractuales cuya superación obliga a tramitar un expediente de regulación de empleo. Tal solución, la de que el periodo de noventa días se computa bien hacia atrás, bien hacia delante, la funda en la necesidad de evitar el fraude de ley.

4. Las sentencias comparadas son contradictorias en los términos que requiere el art. 217 de la L.P.L., para la viabilidad del recurso que nos ocupa, porque han resuelto de forma diferente el mismo asunto: una ha computado las extinciones posteriores a las de los demandantes y la otra no. El hecho de que la sentencia recurrida no tenga por probadas las doce extinciones contractuales producidas el 7 de mayo de 2010, carece de relevancia a los efectos que nos ocupan, pues admite su realidad y no la incorpora al relato fáctico por irrelevante, lo que no puede ser un obstáculo a la existencia de la contradicción, ya que, el dato consta y merece ser valorado, como con más detalle se razonará en el siguiente fundamento. Se hace preciso, pues, entrar a conocer del fondo del asunto y a resolver la contradicción doctrinal existente.

SEGUNDO.- 1. El recurso denuncia la infracción de los artículos 51-1, 52-c) y 53-4 del Estatuto de los Trabajadores en relación con los artículos 3-1 y 6-4 del Código Civil y con la Directiva Comunitaria 98/59 C.E.E..

La cuestión a resolver es como se debe computar el periodo de noventa días que establece el artículo 51-1 del E.T. para delimitar lo que llama despido colectivo y obligar 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 las 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.

Ante todo debe señalarse que el precepto estatutario nos muestra que son computables todas las extinciones producidas en el periodo que sean ajenas a la voluntad del trabajador y vengán motivadas por causas distintas a las previstas en el artículo 49-1-c) del E.T., según dispone el penúltimo párrafo del estudiado artículo 51-1 del E.T. Al empresario, conforme a los números 3 y 7 del artículo 217 de la L.E.C. incumbe la carga de probar la causa de las extinciones contractuales producidas durante el periodo de referencia, a fin de acreditar si procede o no su cómputo, y le perjudica la falta de prueba de ese dato. Por ello, aceptado por la sentencia recurrida que se han extinguido 12 contratos de trabajo más el 7 de mayo de 2010, deben computarse esas extinciones, aunque no se adicionara el relato fáctico la realidad de las mismas por irrelevantes al no constar su causa, porque la veracidad del dato consta y su relevancia o no para el sentido del fallo no puede escapar al conocimiento de este Tribunal. Consecuentemente, como constan las extinciones, pero no su causa, procede su cómputo por ser la empresa la obligada a probar que no estaban incluidas en el penúltimo párrafo del art. 51-1 del E.T. y no haber logrado esa prueba.



2. Entrando a resolver la cuestión relativa a la forma de efectuar el cómputo procede señalar en primer lugar que esta Sala, a la hora de fijar la **doctrina** que estima correcta es libre, lo que quiere decir que no viene obligada en favor de lo resuelto por una de las sentencias comparadas, ni en favor de alguna otra solución que propongan las partes, sino que puede crear su propia **doctrina**. En este sentido, la Sala tiene señalado <<superado el requisito de la contradicción, es evidente que esta Sala no queda obligada a aceptar una de las dos **doctrinas** formuladas por las sentencias comparadas>> (STS 30/01/03 -rec. 1429/01 -); o lo que es igual, <<la Sala debe pronunciarse sobre la solución más ajustada a derecho para el caso controvertido, que puede ser la de alguna de las sentencias comparadas o solución distinta que la Sala establezca como **doctrina** unificada>> (SSTS 14/07/92 -rec. 2273/91 -; 22/09/93 -rec. 4123/92 -; y 21/12/94 -rec. 1466/94 -). Criterio ratificado por el Tribunal Constitucional, al destacar que tal proceder en manera alguna supone incongruencia, pues <<el Tribunal Supremo no tiene la carga de tener que optar por una de las dos opciones contrarias, pudiendo recrear una **doctrina** propia totalmente diferente de las mantenidas por los Tribunales inferiores>>, S.T.C. 172/1994 .

Una interpretación lógico sistemática del artículo 51-1 del Estatuto de los Trabajadores nos muestra que el mismo, a efectos de definir el despido colectivo y diferenciarlo del individual, establece en su primer párrafo una norma general, mientras que en el último sienta una norma antifraude, encaminada a evitar la burla de la regla general. La norma general se conecta con el número de extinciones contractuales producidas "en un periodo de noventa días", término cuyo cómputo constituye la causa de este recurso. La regla antifraude se contiene en el último párrafo del precepto interpretado donde se dispone: "Cuando en periodos sucesivos de noventa días y con el objeto de eludir las previsiones contenidas en el presente artículo, la empresa realice extinciones de contratos al amparo de lo dispuesto en el artículo 52, c) de esta Ley en un número inferior a los umbrales señalados, y sin que concurren causas nuevas que justifiquen tal actuación, dichas nuevas extinciones se considerarán efectuadas en fraude de Ley, y serán declaradas nulas y sin efecto".

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

3. La aplicación de la anterior **doctrina** al caso de autos obliga en principio a desestimar el recurso y a confirmar la sentencia recurrida por ser correcta la decisión de la misma de computar sólo las extinciones contractuales anteriores al 5 de mayo de 2010, fecha del cese del trabajador recurrente y en la que los 19 despidos producidos ese día no superaban, cual pacíficamente se acepta, los límites del párrafo primero del art. 51-1 del E.T. .. Ciertamente días después la empresa acordó otras doce extinciones contractuales cuyo cómputo haría superar los límites que determinan la existencia de despido colectivo, pero, cual se dijo antes, por seguridad jurídica no cabe el cómputo de ceses posteriores al cuestionado, salvo en supuestos de obrar fraudulento. Pero la norma antifraude del último párrafo del art. 51-1 del E.T. no puede fundar el éxito de la acción ejercitada por el actor porque, conforme al último inciso de la misma, sólo se consideran fraudulentas y nulas las "nuevas extinciones" esto es las posteriores al cese del actor, las correspondientes al periodo de noventa días que empezó a correr cuando se extinguió su contrato. Esta solución es lógica porque hasta que no se producen las "nuevas extinciones" no se superan los límites que determinan la calificación del despido como colectivo, razón por la que la norma sólo sanciona con la nulidad las extinciones que se demoraron para no superar los umbrales dichos, siempre que, además, no se justifiquen por otras causas.



Esta **doctrina** general no sería de aplicación en los supuestos de obrar fraudulento contrario al artículo 6-4 del Código Civil , como acaece cuando la proximidad entre los sucesivos ceses es tan escasa que cabe presumir que el empresario sabía que a las extinciones acordadas se le unirían en fechas próximas otras con las que se superarían los umbrales del despido colectivo. Ello ha ocurrido en el presente caso en el que la proximidad entre las "nuevas extinciones" y la del actor es tan corta, dos días, que tan mínimo espacio de tiempo es revelador de un proceder intencionado por parte de la empresa que actuó sabiendo lo que haría dos días después y no acordó simultáneamente todas las extinciones con el fin de eludir la aplicación de la norma general del artículo 51-1 del E.T .. Tal proceder debe anularse por fraudulento, conforme al artículo 6-4 del Código Civil , ya que, el corto periodo de tiempo existente entre las distintas extinciones contractuales revela que la decisión de extinguir varios contratos se tomó simultáneamente y que su ejecución se espació en el tiempo para evitar los trámites de los despidos colectivos, proceder que no puede impedir la aplicación de la norma que se trató de eludir.

Procede, consecuentemente, estimar el recurso, casar la sentencia recurrida y resolver el debate planteado en suplicación en el sentido de declarar la nulidad del despido del actor y de condenar a las demandadas, solidariamente, a su readmisión con abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido, 5 de mayo de 2010. 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 Letrado Don Enrique Cabral González-Sicilia en nombre y representación de DON Eulalio contra la sentencia dictada el 10 de mayo de 2011 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Sevilla, en recurso de suplicación nº 3810/10 , interpuesto contra la sentencia de fecha 27 de julio de 2010, dictada por el Juzgado de lo Social nº 4 de Sevilla , en autos núm. 684/10, seguidos a instancias de DON Eulalio contra GALLETAS ARTIACH S.L.U., PANRICO S.L.U., PRODUCTOS ALIMENTICIOS LA BELLA EASO S.A.U.. Debemos casar y anular la sentencia recurrida y resolver el debate planteado en suplicación en el sentido de estimar el recurso de esa clase que interpuso el actor y de declarar la nulidad del despido del actor y de condenar a las demandadas, solidariamente, a su readmisión con abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido, 5 de mayo de 2010. Sin costas.

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.