



Roj: **STS 3187/2021 - ECLI:ES:TS:2021:3187**

Id Cendoj: **28079140012021100743**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **21/07/2021**

Nº de Recurso: **2128/2018**

Nº de Resolución: **810/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación para la unificación de doctrina**

Ponente: **SEBASTIAN MORALO GALLEGO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 810/2021

Fecha de sentencia: 21/07/2021

Tipo de procedimiento: UNIFICACIÓN DOCTRINA

Número del procedimiento: 2128/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 20/07/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Sebastián Moralo Gallego

Procedencia: Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Margarita Torres Ruiz

Transcrito por: MVM

Nota:

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 2128/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Sebastián Moralo Gallego

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Margarita Torres Ruiz

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 810/2021

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D^a. María Luisa Segoviano Astaburuaga

D^a. Rosa María Virolés Piñol

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Sebastián Moralo Gallego

D^a. Concepción Rosario Ureste García

En Madrid, a 21 de julio de 2021.



Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado D. Jesús Baró Corrales, en nombre y representación de Val Disme, S.L., contra la sentencia dictada el 9 de enero de 2018 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Comunidad Valenciana, en el recurso de suplicación núm. 3464/2017, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 13 de Valencia, de fecha 19 de julio de 2017, recaída en autos núm. 64/2017, seguidos a instancia de D. Jeronimo contra Val Disme, S.L. y el Fondo de Garantía Salarial, en materia de despido.

Ha sido parte recurrida D. Jeronimo, representado y defendido por el letrado D. José Luis Saiz Segura.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Sebastián Moralo Gallego.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 19 de julio de 2017 el Juzgado de lo Social nº 13 de Valencia dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos:

" 1º.- El demandante Jeronimo con DNI nº NUM000, ha venido prestando sus servicios por cuenta de la empresa demandada cuya actividad consiste en el transporte, distribución, manipulación, almacenamiento de periódicos, revistas, fascículos y otros productos de venta en quioscos de prensa, estancos y pequeños comercios, en la zona de Levante, desde el 11/02/2008, categoría profesional de mozo especialista y salario bruto mensual de 1.194,55 euros con prorrata de pagas extras. (Hecho conforme)

2º.- La empresa demandada comunicó a la parte actora mediante escrito de fecha 14 de diciembre de 2016 carta de extinción de la relación laboral con efectos del mismo día, cuyo contenido se da por reproducido por razones de economía procesal, al amparo de lo establecido en los artículos 52 c) del ET, "motivados por unas causas productivas y organizativas, que se enmarcan en una situación económica negativa de la Empresa, que hace insostenible el mantenimiento de su puesto de trabajo". En la propia carta se manifiesta que se le hace entrega de un cheque bancario correspondiente a la indemnización legal de 20 días de salario por año de servicio con un máximo de 12 mensualidades por importe de 7.278,25 euros, junto con la liquidación de haberes pendientes. El actor percibió la citada cantidad de 7.278,25 euros. El mismo día 14/12/16 se produjo la comunicación de la extinción al comité de empresa. (No controvertido y resulta de la carta de despido aportada por ambas partes, documentos 2 y 3 de la empresa)

3º.- La tirada de prensa diaria distribuidos y, por tanto, vendidos por la demandada presenta evolución que se observa en los dos cuadros siguientes en los últimos cuatro años, el primero, a nivel global y, el segundo, por delegación, tanto en el conjunto del año como en los nueve primeros meses de cada año, que son los incluidos en la carta enviada al trabajador:

| TOTAL AÑO | | NUEVE PRIMEROS MESES | | | | | |
|-----------------------|--------------|----------------------|-------|------------|--------------|-------------|---------|
| TVA | | | | | | | |
| -3,56% | | | | | | | |
| -5,35% | | | | | | | |
| AÑO 2013 | | | | | | | |
| 2014 2015 | | | | | | | |
| 2016 | | | | | | | |
| ENTREGAS 93.410.450 | | TOTAL | TVA - | ENTREGAS | | TOTAL | -16,53% |
| 85.132.166 86.374.836 | DEVOLUCIONE | 125.800.654 | 9,00% | 78.808.279 | DEVOLUCIONE | 196.123.821 | |
| 72.558.308 | 5 32.390.204 | 114.479.380 | 4,85% | 71.445.952 | 5 27.315.551 | 95.982.995 | |
| | 29.347.220 | 108.922.450 | 9,55% | 67.094.401 | 24.537.043 | 90.850.279 | |
| | 28.547.614 | 98.517.327 | | 55.923.589 | 23.755.878 | 75.833.588 | |
| | 25.967.019 | | | | 19.909.999 | | |



| TOTAL AÑO ENTREGAS DEVOLUCIONES | | NUEVE PRIMEROS MESES | | | | | |
|--|-------------------------|----------------------|--------|---------------|-------------------|------------|---------|
| | | TOTAL | TVA | ENTREGAS S | DEVOLUCIONES S | TOTAL | TVA |
| 40.809.709 | 14.644.209 | 55.453.918 | | 34.183.054 | 12.300.522 | 46.483.576 | |
| 37.473.678 | 13.485.154 | 50.958.832 | -8,11% | 31.213.789 | 11.213.679 | 42.427.448 | -8,73% |
| 33.896.146 | 12.339.946 | 46.236.092 | -8,27% | 28.091.784 | 10.222.404 | 38.314.168 | -8,69% |
| 30.842.567 | 10.968.170 | 41.810.737 | - | 22.939.378 | 8.380.514 | 31.319.892 | -18,26% |
| 30.336.140 | 10.450.397 | 40.816.537 | | 25.868.232 | 8.875.189 | 34.743.421 | |
| 27.371.238 | 9.287.224 | 36.658.462 | - | 23.150.481 | 7.797.501 | 30.947.982 | -10,92% |
| 28.237.853 | 10.189.468 | 38.427.321 | 4,83% | 23.696.378 | 8.567.523 | 32.263.901 | 4,66% |
| 26.178.881 | 9.372.287 | 35.542.368 | -7,51% | 20.338.143 | 7.225.758 | 27.563.891 | -14,41% |
| 22.234.601 | 7.295.598 | 29.530.199 | | 18.756.984 | 6.139.840 | 24.896.824 | |
| 20.287.260 | 6.574.842 | 26.862.092 | -8,84% | 17.081.782 | 5.525.863 | 22.607.645 | -9,19% |
| 18.248.837 | 6.018.200 | 24.259.037 | -8,89% | 15.304.267 | 5.025.951 | 20.330.218 | -10,07% |
| DELEGACIÓN VALENCIA VALENCIA VALENCIA VALENCIA ALICANTE ALICANTE ALICANTE MURCIA MURCIA MURCIA | 16.337.660 5.626.562 | 21.964.222 | -8,46% | 12.646.068 | 4.303.727 | 16.949.795 | -16,63% |
| AÑO 0 201 3 201 4 201 5 201 6 201 3 201 4 201 5 201 6 | | 2 | | | | | |

(Resultado de la prueba pericial económica y del informe pericial aportado como documento n.º 1 del ramo de prueba de la empresa).

4.º- La evolución de los ingresos trimestrales de la Sociedad en el periodo comprendido entre el primer trimestre del año 2013 y el primer trimestre del año 2016, ambos inclusive, tanto si se consideran los que resultan de su contabilidad auditada como si se analizan las bases imponibles declaradas en el Impuesto sobre el Valor Añadido, es el que resulta en los dos cuadros siguientes:

| INGRESOS TRIMESTRALES VALDIME | | | | | | | |
|-----------------------------------|-----|------------|------|-----|------------|------------|--|
| AÑO | TRM | INGRESOS | AÑO | TRM | INGRESOS | DIFERENCIA | |
| 2013 | 1 | 26.656.343 | 2014 | 1 | 23.716.621 | 2.939.721 | |
| 2013 | 2 | 26.428.349 | 2014 | 2 | 24.484.871 | 1.943.478 | |
| 2013 | 3 | 28.624.673 | 2014 | 3 | 24.991.690 | 3.632.983 | |
| 2013 | 4 | 23.986.186 | 2014 | 4 | 20.748.171 | 3.240.015 | |
| 2014 | 1 | 23.716.621 | 2015 | 1 | 21.040.066 | 2.676.555 | |
| 2014 | 2 | 24.484.871 | 2015 | 2 | 21.609.974 | 2.874.897 | |
| 2014 | 3 | 24.991.690 | 2015 | 3 | 22.385.031 | 2.606.658 | |
| 2014 | 4 | 20.748.171 | 2015 | 4 | 19.699.723 | 1.048.448 | |
| 2015 | 1 | 21.040.066 | 2016 | 1 | 19.317.815 | 1.722.251 | |
| 2015 | 2 | 21.609.974 | 2016 | 2 | 19.925.518 | 1.684.456 | |
| 2015 | 3 | 22.385.031 | 2016 | 3 | 20.264.268 | 2.120.764 | |
| 2015 | 4 | 19.699.723 | 2016 | 4 | 18.068.819 | 1.630.904 | |
| BASES IMPONIBLES TRIMESTRALES IVA | | | | | | | |
| AÑO | TRM | INGRESOS | AÑO | TRM | INGRESOS | DIFERENCIA | |
| 2013 | 1 | 26.780.611 | 2014 | 1 | 23.615.133 | 3.165.478 | |
| 2013 | 2 | 26.595.065 | 2014 | 2 | 24.521.269 | 2.073.796 | |
| 2013 | 3 | 28.034.317 | 2014 | 3 | 24.994.900 | 3.039.417 | |
| 2013 | 4 | 24.467.735 | 2014 | 4 | 21.642.115 | 2.765.620 | |
| 2014 | 1 | 23.615.133 | 2015 | 1 | 20.775.568 | 2.839.565 | |
| 2014 | 2 | 24.521.269 | 2015 | 2 | 24.329.136 | 192.133 | |
| 2014 | 3 | 24.994.900 | 2015 | 3 | 22.483.961 | 2.510.947 | |
| 2014 | 4 | 21.642.115 | 2015 | 4 | 19.751.288 | 1.890.826 | |
| 2015 | 1 | 20.775.568 | 2016 | 1 | 18.664.571 | 2.090.997 | |
| 2015 | 2 | 24.329.136 | 2016 | 2 | 19.502.215 | 4.826.921 | |
| 2015 | 3 | 22.483.961 | 2016 | 3 | 20.882.470 | 1.601.491 | |
| 2015 | 4 | 19.751.288 | 2016 | 4 | 18.009.990 | 1.741.298 | |

(Resultado de la prueba pericial económica y del informe pericial aportado como documento n.º 1 del ramo de prueba de la empresa, así como de las cuentas anuales de la sociedad así como en las declaraciones del impuesto sobre sociedades y IVA, aportados por la empresa como documentos n.º 7 a 25 de su ramo de prueba)

5.º- La sociedad demandada tiene centros de trabajo en Alicante, Murcia y Valencia. Tenía una plantilla de 215 trabajadores en febrero de 2015, pasando a 168 en el mes de diciembre de 2016. Se dan por reproducidos los informes de vida laboral de dichos centros aportados por la empresa como documentos n.º 26 a 28 de su ramo de prueba.



6º.- La mercantil demandada ha procedido a la extinción de 47 contratos de trabajo, incluido el del actor, al amparo de lo establecido en el artículo 52 c) del ET, motivados por causas productivas, organizativas y económicas en el periodo desde 28/02/2015 a 14/12/2016, cartas extintivas que se dan por reproducidas, por razones de economía procesal, al aportarse por la empresa como documentos n.º 46 a 92 de su ramo de prueba y en la relación de despidos aportada por la empresa a los autos en escrito de fecha 27 de junio de 2017.

7º.- El demandante prestaba servicios en la Delegación de Valencia y se encargaba de realizar las clasificaciones de los productos editoriales que se entregaban a los transportistas que finalmente debían entregar en los puntos de venta a lo largo de su ruta.

8º.- El actor inició un proceso de incapacidad temporal por contingencias comunes el día 02/01/2016 emitiéndose el alta el día 21/12/2016 por mejoría. (Documentos 2 y 3 el actor).

9º.- En la empresa en el periodo entre septiembre de 2015 y julio de 2016 consta que, al menos, se han producido: 2 bajas voluntarias, 3 despidos disciplinarios y 12 extinciones de contrato ex art. 40 del ET. (Documentos n.º 29 a 45 del ramo de prueba de la empresa)

10º.- El demandante no ostenta, ni ha ostentado en el año anterior al despido, la condición de Delegado de Personal, miembro del Comité de Empresa o Delegado Sindical.

11º.- Con fecha 22/12/2016 se presentó papeleta de conciliación ante el servicio administrativo competente en materia de despido, celebrándose el acto conciliatorio el día 19/01/2017, terminando con el resultado de "sin avenencia". El día 25/01/2017 se presentó la demanda en el Decanato de estos Juzgados que fue repartida a este Juzgado de lo Social".

En dicha sentencia consta el siguiente fallo: "Estimando la demanda formulada por Jeronimo empresa VAL DISME, S.L., sobre despido, ACUERDO: PRIMERO: Declarar despido de Jeronimo llevado a cabo por la empresa S.L., con efectos del día 14 de diciembre de 2016. SEGUNDO: Condenar a la empresa VAL DISME, S.L., a la inmediata readmisión del trabajador en las mismas condiciones anteriores al despido y al abono de los salarios dejados de percibir, a razón de un salario diario de 39,27 euros, desde el día 21 de diciembre de 2016, debiendo reintegrar el importe de la indemnización percibida por la extinción del contrato, una vez firme sentencia".

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la empresa demandada ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Comunidad Valenciana, la cual dictó sentencia en fecha 9 de enero de 2018 en la que consta la siguiente parte dispositiva: "DESESTIMAMOS el recurso interpuesto por la representación procesal de VAL DISME SL contra la sentencia dictada el 19 de julio de 2017 por el Juzgado número 13 de los de Valencia y en consecuencia confirmamos la resolución recurrida. Condenamos a la recurrente a abonar al letrado impugnante la cantidad de 400 € en concepto de costas procesales. Se acuerda la pérdida de las cantidades consignadas para recurrir".

TERCERO.- Por el letrado de Val Disme, S.L. se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina. Para el primer y tercer motivo, se aporta como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 22 de febrero de 2016 -rec. 5/2016-. Considera el recurrente que la sentencia impugnada infringe el artículo 51.1 ET.

Por lo que se refiere al segundo motivo, se elige como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Málaga, de 9 de abril de 2015, rec. 279/2015. Considera el recurrente que la sentencia impugnada infringe el último párrafo del artículo 51.1 ET, en relación con la exigencia de que las extinciones computables a los efectos de determinar la existencia de fraude deban ser las mismas.

CUARTO.- Admitido a trámite el presente recurso, se dio 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 quince días. Evacuado el traslado de impugnación y alegaciones, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que emitió informe en el sentido de estimar procedente el presente recurso.

QUINTO.- Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 20 de julio de 2021, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- La cuestión a resolver es la de determinar si en el despido objetivo del actor debe calificarse como un despido colectivo, por haber superado la empresa los umbrales establecidos a tal efecto en el art. 51 ET.



La sentencia del juzgado de lo social acoge la demanda y entiende que lo dispuesto en el art. 51.1 ET, último párrafo, obliga a concluir que la empresa debería de haber seguido los trámites del despido colectivo.

El recurso de suplicación de la empresa es desestimado en la sentencia de la Sala Social del TSJ de Valencia de 9 de enero de 2018, rec. 3464/2017, contra la que formula el recurso de casación para la unificación de doctrina.

A tal efecto razona que es de aplicación al caso lo dispuesto en el último párrafo del art. 51.1 ET, y considera que la empresa ha actuado de forma fraudulenta con la intención de eludir torticeramente los umbrales previstos para el despido colectivo, acudiendo para ello al mecanismo de gotear un elevado número de despidos objetivos individuales a lo largo de un dilatado periodo de tiempo, superando los límites que configuran la existencia de un despido colectivo.

2.- El recurso de la empresa se articula en tres diferentes motivos.

En el primero de ellos denuncia infracción de lo dispuesto en el último párrafo del art. 51.1 ET, para sostener que la forma correcta de computar los umbrales numéricos del despido colectivo debe hacerse con base a ciclos sucesivos de 90 días, sin que pueda ampliarse a un lapso temporal superior y variable en el que se incluyan periodos temporales no consecutivos de 90 días.

Invoca de contraste la sentencia de la Sala Social del TSJ de Madrid de 22 de febrero de 2016, rec. 5/2016.

El motivo segundo denuncia infracción del art. 51.1 ET, y plantea en este caso que las extinciones de contratos de trabajo acordadas por la empresa en el periodo temporal que ha tenido en cuenta la sentencia recurrida no obedecen a las mismas causas, y no pueden por lo tanto incluirse en el cómputo que delimita los umbrales del despido colectivo.

Hace valer de contraste la sentencia de la Sala Social del TSJ de Andalucía/Málaga de 9 de abril de 2015, rec. 279/2015.

El motivo tercero denuncia infracción del art. 6.4 CC en relación con el art. 51.1 ET. Mantiene que la empresa no ha actuado en fraude de ley, con la intención de eludir las previsiones contenidas en dicho precepto legal para el cómputo del número de extinciones de la relación laboral a tener en cuenta para decidir si se han superado los límites que determinan la existencia de un despido colectivo.

Al plantearse en realidad la misma cuestión que en los motivos anteriores, y tras la oportuna providencia de esta Sala en tal sentido, la recurrente elige como sentencia de contraste para este tercer motivo la invocada en el primero.

3.- El Ministerio Fiscal informa en favor de acoger el primero y el tercero de los motivos del recurso, y de apreciar la inexistencia de contradicción en el segundo.

El trabajador en su impugnación postula la íntegra desestimación del recurso y la inexistencia de contradicción en todos sus motivos.

SEGUNDO. 1.- Debemos resolver en primer lugar si entre la sentencia recurrida y las invocadas de contraste en cada uno de los motivos del recurso hay contradicción en los términos exigidos por el art. 219.1º LRJS, que, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se hubiere llegado a pronunciamientos distintos que sea necesario unificar.

2.- Ya hemos apuntado que los motivos primero y tercero incurren en realidad en una descomposición artificial del objeto del recurso, en tanto que bajo los dos motivos de casación se plantea una misma y única cuestión, para de esta forma introducir artificiosamente dos temas de contradicción y poder designar otras tantas sentencias de contraste.

Como recuerda la STS 10-03-2020, rcud. 1785/2018, citando la de 21-4-2015, rcud. 3266/2013: "Este proceder es incorrecto, porque aquí no se debaten varios puntos de contradicción, sino uno sólo y la unidad de esa cuestión no puede desconocerse introduciendo diversas perspectivas de análisis sobre algunas de las circunstancias concurrentes, porque no es lo mismo la existencia dentro de un mismo pleito de distintos puntos de decisión que la concurrencia de diversas circunstancias que deben ser valoradas para la decisión de un mismo punto de decisión, es decir, mediante pronunciamiento unitario, como tiene reiteradamente establecido la Sala en sentencias de 5 de marzo de 1998 (R. 2407/1997), 20 de julio de 2001 (R. 4207/1999), 25 de octubre de 2002 (R. 2096/2000), 20 de julio de 2004 (R. 540/2003), 31 de enero de 2005 (R. 4715/2003), 15 de marzo de 2005 (R. 5793/2003), 19 de febrero de 2007 (R. 2870/2005), 9 de febrero y 5 de mayo de 2009 (R. 4115/07 y 761/2008), 8 de julio de 2010 (R. 3137/2009), 7 de julio y 18 de julio de 2011 (R. 1347/2010 y 3324/2009)".



Lo que obliga a analizar conjuntamente tales motivos y la existencia de contradicción respecto a la única sentencia de contraste que puede considerarse válidamente invocada, la de la Sala Social del TSJ de Madrid que ya hemos identificado anteriormente.

3.- En el caso de la sentencia referencial se planteaba igualmente la cuestión relativa a la superación de los umbrales del despido colectivo fijados en el art. 51.1 ET, en un supuesto en el que el despido de los demandantes tiene lugar el 13 de marzo de 2015, y la empresa ha extinguido, de forma individual o colectiva, numerosos contratos de trabajo en el periodo comprendido entre el 28 de noviembre de 2014 y el 27 de mayo de 2015, que de computarse en su totalidad superaban los umbrales del despido colectivo, pero no en el caso de limitar el cómputo a los producidos en periodos sucesivos de 90 días.

La sala de suplicación aplica el criterio de limitar el cómputo a las extinciones contractuales que se producen en periodos sucesivos de 90 días, anteriores y posteriores al despido de los demandantes, sin tener en cuenta las acontecidas en otras fechas no incluidas en tales periodos consecutivos, y concluye que no se han superado los límites del despido colectivo.

4.- En el supuesto de la recurrida el despido objetivo del actor se produce el día 14 de diciembre de 2016, por causas de carácter productivo y organizativo enmarcadas en la situación económica negativa de la empresa.

De los hechos que se declaran probados aparece que la empresa tenía una plantilla de 215 trabajadores, y desde el 28 de febrero de 2015, hasta la fecha de despido del demandante en diciembre de 2016, ha extinguido un total de 47 contratos de trabajo al amparo de los dispuesto en el art. 52, c) ET, de la siguiente forma: a) 16 despidos entre el 28 de febrero de 2015 y el 13 de mayo de 2015; b) 10 despidos en septiembre de 2015; c) 11 despidos entre enero y junio de 2016; d) 10 despidos entre noviembre y diciembre de 2016.

En esas circunstancias la sentencia considera que deben computarse la totalidad de las extinciones producidas desde el 28 de febrero de 2015, hasta el despido del actor el 14 de diciembre de 2016, a efectos de determinar si se han superado los umbrales del despido colectivo que establece el art. 51.1 ET, y por ese motivo declara su nulidad.

5.- La contradicción resulta por consiguiente evidente, puesto que en las dos sentencias en comparación se plantea la cuestión de decidir si el cómputo de las extinciones contractuales a tener en cuenta en la aplicación de las reglas del art. 51.1 ET que delimitan el despido colectivo, debe limitarse a los periodos sucesivos de 90 días -anteriores o posteriores- al despido del trabajador demandante, o puede extenderse a otros periodos más distantes, variables y no consecutivos de 90 días, durante los que la empresa hubiere despedido a otros trabajadores por las mismas causas organizativas, productivas, técnicas o económicas.

Los hechos resultan sustancialmente coincidentes a estos efectos, y las sentencias en comparación han aplicado doctrinas contradictorias que es necesario unificar, pues mientras que la recurrida incluye en ese cómputo las extinciones contractuales que se han producido fuera de periodos sucesivos de 90 días, la referencial considera que únicamente deben tenerse en cuenta las que se corresponden con periodos consecutivos de 90 días.

Con independencia de lo que se alega en el motivo segundo del recurso, en el que se plantea que las extinciones contractuales llevadas a cabo por la empresa no obedecen a las mismas causas, ahora se trata tan solo de determinar cuál haya de ser la forma correcta de aplicar las reglas del art. 51.1 ET, esto es, si lo previsto en el último párrafo de dicho precepto legal debe limitarse estrictamente a periodos sucesivos de 90 días, como establece la sentencia referencial, o puede por el contrario extenderse a periodos de tiempo más prolongados y no comprendidos dentro de ciclos temporales consecutivos de 90 días.

En este extremo es manifiesta la contradicción entre las sentencias en comparación.

6.- No sucede lo mismo respecto al segundo de los motivos del recurso, en el que se invoca de contraste la precitada sentencia de la Sala Social del TSJ de Andalucía/Málaga de 9 de abril de 2015, rec. 279/21015, para defender que no obedecen a las mismas causas los despidos producidos dentro del periodo temporal que ha tenido en cuenta la sentencia recurrida.

La referencial concluye que el despido del trabajador demandante se ampara en causas económica y organizativas que concurrían al tiempo de adoptarse esa decisión, pero que son distintas y diferentes a las que pudieren existir cuando se produjeron anteriormente las extinciones contractuales invocadas en aquel caso. Razona a tal efecto que los datos aportados por la empresa permiten concluir que los despidos posteriores se sustentan en circunstancias novedosas que aparecen con posterioridad a los primeros, y que con ello se acredita la concurrencia de causas nuevas que justifican tal actuación, en los términos que exige el último párrafo del art. 51.1 ET para excluir el cómputo conjunto de todos los despidos.



Por el contrario, en la sentencia recurrida se concluye rotundamente que las causas económicas, organizativas y productivas invocadas por la empresa, son las mismas durante todo el periodo de tiempo que ha tomado en consideración.

Estamos de esta forma ante un resultado diametralmente opuesto de la actividad probatoria desplegada por la empresa en cada uno de ambos procedimientos.

Mientras que la referencial ha concluido que la empresa cumple con la carga de probar que los despidos posteriores obedecen a causas nuevas que justifican su actuación, en la recurrida se alcanza la solución contraria al negar que hubiere acreditado esa misma circunstancia.

Las sentencias en comparación no aplican doctrinas diferentes que sea necesario unificar, sino que se acogen a un mismo y uniforme criterio, por más que alcanzan un resultado distinto en razón de las pruebas aportadas en cada caso por la empresa demandada.

TERCERO.1.- La resolución del motivo del recurso en el que hemos apreciado la existencia de contradicción, exige partir de lo que establece el art. 51.1 ET sobre cuya interpretación versa el litigio.

En lo que ahora interesa, dicho precepto dispone lo siguiente: "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".

Con mayor precisión debemos decir que la cuestión litigiosa afecta únicamente a la correcta interpretación que haya de hacerse de este último párrafo, y más en concreto, a determinar si de su redacción se desprende la posibilidad de aplicar esa previsión legal a todas las extinciones de contratos realizadas por la empresa al amparo de lo dispuesto en el art. 52. c) ET, computadas desde la fecha del primero de los despidos que pudiere haberse producido por esta causa y hasta la del despido del trabajador demandante, cualquiera que sea el periodo de tiempo a tener en cuenta y con independencia de que tales despidos se correspondan con periodos sucesivos de 90 días, o debe limitarse, por el contrario, a las que tengan lugar dentro del ciclo de periodos sucesivos de 90 días.

En definitiva, si tales periodos de 90 días han de ser sucesivos, o pueden incluirse otros periodos de tiempo distintos entre los que se hubiere producido una ruptura del ciclo temporal superior a la de esos 90 días de referencia.

2.- La sentencia del Pleno de esta Sala IV de 26/9/2017, rec. 62/2017, ofrece el criterio que debe seguirse en esta materia.

Como en ella decimos: "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- 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, 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 -rec.2724/2011-; 23 de enero de 2013 -rec. 1362/2012-; 25 de noviembre de 2013 -Pleno, rec.52/2013-; 26 de noviembre de 2013 -rec. 334/2013-; 11 de febrero de 2014 -rec. 323/2013-; y 11 de enero de 2017 -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".

3.- En este punto debemos señalar que lo resuelto en la STJUE 11/11/2020, asunto C-300/19, obliga a matizar ese último aserto, en el que decíamos que el cómputo de los 90 días debe efectuarse desde la fecha del último de los despidos computables hacia atrás.

Se pronuncia esta sentencia sobre el alcance de la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos, y en su parte dispositiva establece que "a efectos de apreciar si un despido individual impugnado forma parte de un despido colectivo, el período de referencia previsto en dicha disposición para determinar la existencia de un despido colectivo ha de calcularse computando todo período de 30 o de 90 días consecutivos en el que haya tenido lugar ese despido individual y durante el cual se haya producido el mayor número de despidos efectuados por el empresario por uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores, en el sentido de esa misma disposición".

Conforme así lo afirma en su apartado 32, 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".

4.- Todo ello en coincidencia con lo que en este particular ha venido estableciendo la doctrina de esta Sala IV, de la que es exponente la sentencia del Pleno que ya hemos mencionado, que no hace sino seguir la pauta marcada en la STS 11/1/2017, 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).

Como en todas ellas reiteramos... "Ahora bien, el propio art. 51.1 ET, en su último párrafo, establece una norma antifraude encaminada a evitar la burla de la regla general y que, aunque aplicable únicamente, en principio, a las nuevas extinciones, esto es, a las producidas con posterioridad a las que se habrían visto afectadas por la norma general, y que la empresa acuerde "en periodos sucesivos de 90 días y con el objeto de eludir las previsiones contenidas" en el mencionado precepto y en número inferior a los umbrales legales, sin que concurren causas nuevas que justifiquen tal actuación, también podría llegar a determinar la declaración de nulidad del despido cuando se aprecien datos o simples indicios que permitan, conforme a reglas lógicas, apreciar la existencia de fraude.

4. La aplicación de la anterior doctrina obliga a casar la sentencia recurrida, que computa erróneamente el periodo en cuestión porque incluye en él unas extinciones producidas antes o fuera de los 90 días anteriores a la fecha del despido de la demandante, cuando, como atinadamente sostiene el informe del Ministerio Fiscal, "retrotrae 142 días para efectuar ese cómputo, concretamente hasta el 8 de marzo de 2012", siendo así que el despido de la actora tuvo efectos del 28-7-2012 y, por ello, la retroacción sólo podría alcanzar al 28-4-2014 y desde entonces, y hasta el despido objetivo de la demandante, únicamente hubo en la empresa las dos extinciones que constatan los hechos declarados probados y que, obviamente, no exceden de los umbrales del art. 51.1.a) ET, al que se remite el 52.1.c) de la misma norma".

Insistimos en que esta doctrina 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.

CUARTO. 1.- En el caso de autos el despido del demandante se produce el 14 de diciembre de 2016, y la sentencia recurrida se remonta hasta el 28 de febrero de 2015, para aplicar desde esa fecha lo dispuesto en aquella previsión antifraude que contiene el último párrafo del art. 51.1 ET, computando indebidamente todos los despidos que desde entonces se han producido, sin tener en cuenta que muchos de ellos no han tenido lugar en periodos sucesivos de 90 días.

Nada se dice en este caso de posibles despidos posteriores al del demandante, por lo que los sucesivos periodos de referencia no pueden ser otros que los anteriores a esa fecha.

2.- Tal y como ya hemos referenciado, el itinerario de las fechas en las que la empresa demandada ha despedido a parte de su plantilla al amparo de lo dispuesto en el art. 52 c) ET, que arranca el 28 de febrero de 2015 y finaliza con el despido del actor el 14 de diciembre de 2016, no se corresponde con periodos sucesivos de 90 días que pudieren computarse ininterrumpidamente desde una a otra fecha, puesto que durante todo ese espacio temporal hay varios periodos superiores a 90 días en los que no se ha producido despido alguno, por lo que rompen de esta forma el necesario carácter sucesivo de los mismos, de modo que tales periodos no se solapan entre sí, ni forman parte de una unidad temporal indiferenciada que pudiere tenerse en cuenta en su totalidad por haber enlazado sin solución de continuidad distintos periodos de 90 días en todos los cuales se hubiere producido algún despido computable a estos efectos.

Esta es la solución que se corresponde con la indubitada dicción literal del último párrafo del art. 51.1 ET, y que mejor se adapta a su integradora interpretación con lo dispuesto en el primer párrafo de ese mismo precepto.

Lo contrario llevaría a computar todos los despidos que por esas mismas causas del art. 52. c) ET pudieren producirse en la empresa a partir de la fecha del primero de ellos, sin ninguna clase de límite temporal, y sin respetar ese marco de periodos de 90 días que la normativa interna y la mencionada Directiva configuran como ciclo a tener en cuenta para realizar ese cómputo.

QUINTO. 1.- Conforme a lo razonado, y de acuerdo con el Ministerio Fiscal, es la sentencia referencial la que contiene la buena doctrina, lo que obliga a estimar el recurso, casar y anular la sentencia recurrida, y resolver el debate de suplicación en el sentido de estimar el recurso de igual clase formulado por la empresa, en cuanto en el mismo sostiene que no puede declararse la nulidad del despido, debiendo sin embargo calificarse como improcedente porque así lo acepta expresamente la propia recurrente en la súplica del recurso de casación unificadora, con la consecuente condena de la empresa a optar entre la readmisión del trabajador o el pago de la indemnización de 13.588,42 euros, que legalmente corresponde en razón de la antigüedad y salario del trabajador.

2.- Sin que haya lugar a la imposición de las costas de casación, y dejando sin efecto las que fueron impuestas en suplicación. Con devolución de los depósitos constituidos para recurrir.

FALLO

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

1º) Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por Val Disme, S.L., contra la sentencia dictada el 9 de enero de 2018 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Comunidad Valenciana, en el recurso de suplicación núm. 3464/2017, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 13 de Valencia, de fecha 19 de julio de 2017, recaída en autos núm. 64/2017, seguidos a instancia de D. Jeronimo contra Val Disme, S.L. y el Fondo de Garantía Salarial, en materia de despido.

2º) Casar y anular la sentencia recurrida, y resolver el debate de suplicación en el sentido de estimar en parte el recurso de igual clase formulado por la empresa, para revocar igualmente en parte la sentencia de instancia, declarando la improcedencia del despido objeto del litigio, condenando a la empresa a que opte entre la readmisión del actor en las mismas condiciones que regían con anterioridad, con devolución en tal caso de la indemnización percibida, o a la extinción de la relación laboral con el pago de la indemnización de 13.588,42 euros, de la que debería deducirse la cantidad que ya le ha sido abonado al demandante en tal concepto. Sin



costas de casación y dejando sin efecto las impuestas en suplicación, con devolución a la empresa de los depósitos constituidos para recurrir.

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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ