

COLECCIÓN ANUARIOS

2013  
PRÁCTICA LABORAL  
PARA ABOGADOS

Los casos más relevantes en 2012  
de los grandes despachos

Abdón Pedrajas & Molero	Gómez-Acebo & Pombo
Allen & Overy	Hogan Lovells
Araoz & Rueda	KPMG Abogados
Baker & McKenzie	Landwell-PwC
Ceca Magán Abogados	Martínez-Echevarría, Pérez y Ferrero
Clifford Chance	Olswang
Cuatrecasas, Gonçalves Pereira	Pérez-Llorca
Deloitte Abogados	Roca Junyent
Dikei Abogados	Sagardoy Abogados
DLA Piper	Simmons & Simmons
Freshfields Bruckhaus Deringer	SJ Berwin
Garrigues	Uría Menéndez



LA LEY

grupo Wolters Kluwer

**3.1. DELIMITACIÓN ENTRE EL DESPIDO  
COLECTIVO Y EL DESPIDO OBJETIVO  
INDIVIDUAL. CÓMPUTO DE LOS 90 DÍAS  
DEL ARTÍCULO 51.1 DEL ESTATUTO  
DE LOS TRABAJADORES**

**(Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de abril de 2012;  
número de recurso 2724/2011)**

Alfonso SUÁREZ MIGOYO  
*Abogado  
Socio*

Clara MAÑOSO GIMÉNEZ  
*Abogado  
Asociado*

*Araoz & Rueda*

## RESUMEN

Una empresa, con una plantilla de 280 trabajadores, extingue el contrato de trabajo de diecinueve trabajadores, alegando la existencia de causas objetivas de índole organizativa y productiva. Dos días después, esa misma empresa vuelve a extinguir por causas objetivas el contrato de doce trabajadores más. Se presenta demanda por despido por uno de los citados diecinueve trabajadores afectados, dando así lugar al inicio del correspondiente procedimiento en solicitud de despido nulo, al entender que había sido realizado en fraude de ley.

## **ABSTRACT**

A company with a workforce of 280 people terminates the employment contract of nineteen employees alleging organizational and production causes. Two days later, the same company dismisses twelve more employees for objective reasons. One of the nineteen employees dismissed files a lawsuit for dismissal's nullity, therefore commencing the relevant court proceedings.

## 1. HECHOS

En el año 2009 la empresa A, sociedad nacional líder en el mercado de la bollería y productos alimenticios, con una plantilla de unos 280 trabajadores, fue adquirida por otra mercantil. Tras dicha adquisición, se realizó un estudio y se acordó la integración comercial de las fuerzas de ventas de tres sociedades del grupo: A, B y C. El objetivo de esta integración era la búsqueda de competitividad y la optimización en el mercado donde desarrollaron su actividad dichas sociedades, en aras a evitar una «autocompetencia».

En fecha 4 de diciembre de 2009, la empresa A cursó solicitud para iniciar un ERE para el centro de trabajo de Zaragoza, a fin de extinguir ciento quince contratos de trabajo. Tramitado el ERE, se autorizó a dicha empresa a que extinguiese catorce contratos de trabajo y a la suspensión de otros 206 contratos durante un máximo de 196 días naturales, comprendidos entre el periodo 1 de febrero de 2010 y 31 de diciembre de 2011. El 2 de febrero de 2010, la empresa A extinguió los catorce contratos de trabajo citados anteriormente.

Con fecha 1 de abril de 2010 las empresas A, B y C suscribieron un contrato de servicios de colaboración, en virtud del cual acordaron efectuar una colaboración conjunta en sus actividades de gestión de puntos de venta, agrupando así en uno solo todos sus equipos humanos dedicados a dicha actividad.

Desde el 11 de mayo de 2004 un trabajador, con categoría profesional de promotor comercial, con funciones de gestor de punto de venta, ha venido prestando sus servicios para A en el centro de trabajo de Sevilla.

En fecha 16 de marzo de 2010 la empresa comunicó a éste último trabajador la extinción de su contrato, con efectos del día 5 de mayo de 2010, como consecuencia de la existencia de causas organizativas y productivas, todo ello al amparo de lo dispuesto en el art. 52.c) del Estatuto de los Trabajadores. En la

misma fecha, la empresa puso en conocimiento del Comité de Empresa esta decisión extintiva.

La repetida empresa abonó al trabajador, en concepto de indemnización, la cantidad de 8.762,64 euros. El citado trabajador no percibió cantidad alguna en concepto de preaviso.

Con efectos del 5 de mayo de 2010, la empresa A extinguió también los contratos de trabajo por causas objetivas de diecinueve trabajadores, incluido el trabajador en cuestión. Posteriormente, dos días después, con fecha 7 de mayo de 2010, esa misma empresa extinguió el contrato de trabajo de doce trabajadores más.

El trabajador demandante interpuso la correspondiente papeleta de conciliación por despido contra su empleadora formal y las otras dos empresas del grupo, celebrándose el preceptivo acto de conciliación con el resultado de sin avenencia, lo que originó que dicho trabajador interpusiera demanda por despido nulo, o subsidiariamente, improcedente, en base a los hechos siguientes: (i) insuficiencia de la cantidad percibida en concepto de indemnización, (ii) falta de abono de cantidad determinada en concepto de preaviso, (iii) falta de comunicación de la decisión extintiva a los representantes de los trabajadores, (iv) falta de certeza de las causas alegadas para justificar la decisión extintiva empresarial, y (v), que es lo que verdaderamente interesa a los efectos del presente comentario, superación del límite numérico legalmente permitido en los art. 51.1 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con el 52 del mismo texto legal.

El Juzgado de lo Social número 4 de Sevilla admitió a trámite la demanda y, por medio de sentencia que dictó en fecha 27 de julio de 2010, desestimó la misma declarando procedente la extinción contractual, de conformidad con los pronunciamientos siguientes: (i) la indemnización percibida por el trabajador estaba calculada correctamente, en atención a su salario y antigüedad, (ii) se cumplió el preaviso, según la carta de despido, (iii) en relación a la superación del límite numérico establecido en el art. 51.1 del Estatuto de los Trabajadores, no se deben tener en cuenta las catorce extinciones del centro de trabajo de Zaragoza, producidas como consecuencia de un ERE, (iv) la carta era «pormenorizada y explicativa» de la causa extintiva, y las causas alegadas en ella resultaron acreditadas, (v) para el cómputo de los despidos del resto de trabajadores gestores de puntos de venta ha de partirse de la fecha de efectos del despido del trabajador demandante, es decir, del 5 de mayo de 2010, y (vi) si bien las empresas A, B, y C forman un grupo mercantil, no lo son a efectos laborales.

La sentencia dictada en la instancia fue recurrida en suplicación por el trabajador, alegando infracción, por interpretación errónea, (i) de los arts. 52.c) y 51.1 del Estatuto de los Trabajadores, y (ii) del art. 52.c) del Estatuto de los Trabajadores, en relación, entre otros, del art. 53.1.a) de dicho texto legal. El Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, admitió a trámite la demanda y, en fecha 10 de mayo de 2011, dictó sentencia (número de recurso 3810/2010) desestimando el recurso de suplicación del trabajador, sosteniendo que, a efectos del art. 51.1 del Estatuto de los Trabajadores, sólo pueden computarse las diecinueve extinciones producidas en fecha 5 de mayo de 2010, y no aquellas producidas con posterioridad y que el actor en su recurso cifra en doce. Esta última decisión se funda en que (i) sólo constan seis extinciones posteriores a esa fecha; (ii) no consta la causas de esas extinciones; (iii) las nuevas extinciones sólo son computables cuando se funden en las mismas causas objetivas; y (iv) en que el último párrafo del art. 51.1 del Estatuto de los Trabajadores 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 llevadas a cabo después y con las que se supera el límite legal, pero no a las efectuadas inicialmente, cuando la empresa lo ignoraba.

Frente a dicha sentencia, el actor formalizó e interpuso el correspondiente recurso de casación para la unificación de doctrina, aportando 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 (número de recurso 954/2010). Admitido a trámite el recurso y dado traslado del mismo para impugnación a la parte recurrida, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar improcedente el recurso.

En fecha 23 de abril de 2012 la Sala de lo Social del Tribunal Supremo dictó sentencia (número de recurso 2724/2011) estimando el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el trabajador contra la repetida sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, de fecha 10 de mayo de 2011, casando y anulando ésta última. De este modo, la citada Sala de lo Social declaró la nulidad del despido del trabajador y condenó a las tres empresas demandadas (A, B y C), solidariamente, a su readmisión y al abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido.

## 2. RESOLUCIÓN JURÍDICA

La cuestión que se plantea ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo es determinar los límites entre el despido colectivo y el individual objetivo y, en concreto, el modo en que debe computarse el periodo de noventa días establecido en el art. 51.1 del Estatuto de los Trabajadores, en aras a determinar el número de despidos objetivos individuales que dan lugar a la calificación de los mismos como colectivo.

Antes de entrar en el fondo del asunto, la sentencia del Alto Tribunal recuerda que la «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». Para ello, se hace eco de diversos pronunciamientos judiciales suyos (por todas, STS de 22 de septiembre de 1993, número de recurso 4123/1992), que han sido ratificados por el propio 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» (STC de 7 de junio de 1994, número de recurso 2607/1991); comentario éste —todo hay que decirlo— que ya augura la argumentación en que se basa el fallo de su sentencia.

Dicho esto, la Sala establece las consideraciones siguientes:

a) En relación con la discrepancia existente en la determinación del número de extinciones producidas en fecha 7 de mayo de 2010, con posterioridad al despido objetivo del trabajador, teniendo en cuenta que, según el art. 51.1 del Estatuto de los Trabajadores, se computan todas las extinciones producidas en el periodo de 90 días que sean ajenas a la voluntad del trabajador y vengan motivadas por causas distintas a aquellas previstas en el art. 49.1.c) de ese mismo texto legal, y que, de acuerdo con el art. 217.3 y 7 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, incumbe a la empresa la carga de probar que la causa de las extinciones es distinta. Al no haberlo probado, dicha falta le perjudica. Por ello, y siendo un dato relevante y transcendental para el fallo judicial, el número de extinciones producidas el día 7 de mayo de 2010, se cifran en doce.

b) En lo referente al criterio de cómputo del periodo de referencia de 90 días establecido en el citado art. 51.1 del Estatuto de los Trabajadores, confirma la

tesis mantenida por la sentencia recurrida, en el sentido de que sólo se computa las extinciones contractuales *anteriores* al 5 de mayo de 2010, fecha de efectos del despido objetivo del trabajador y en la que los diecinueve despidos producidos en esa misma fecha no superaban los umbrales numéricos fijados en el repetido artículo del Estatuto de los Trabajadores. Sustenta este argumento, el hecho de que, en aras a garantizar una seguridad jurídica, se ha de concretar una fecha determinada que especifique qué día es el día inicial (*dies ad quem*) y final (*dies ad quo*) del cómputo de los 90 días, pues de lo contrario, estaríamos hablando de un cómputo variable o movable, lo que sería contrario al principio de seguridad jurídica y certidumbre anhelando y seguido por el Derecho. Esta doctrina aplicable al presente caso obliga, en principio, a desestimar el recurso de casación y a confirmar la sentencia recurrida del Tribunal Superior.

c) Sin embargo, y en relación con lo anterior, la sentencia de la Sala sostiene que, a pesar de que el cómputo de los 90 días se configura en un solo sentido, hacia atrás, y que por lo tanto el número de extinciones no supera los umbrales numéricos fijados por el art. 51.1 del Estatuto de los Trabajadores, lo cierto es que la proximidad de las extinciones contractuales posteriores —que se produjeron a dos días después a la extinción del actor— es tan corta que, cuando menos, 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 art. 51.1 del ET». Consecuentemente, de acuerdo con el art. 6.4 del Código Civil, el Alto Tribunal anula la extinción contractual del actor por apreciar la existencia de una actuación empresarial fraudulenta.

### 3. COMENTARIO

La Directiva 98/59, de 20 de julio, del Consejo, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos establece disposiciones mínimas que, en materia de despido colectivo, los Estados pueden mejorar. Esta Directiva tiene como finalidad proporcionar una protección similar a todos los trabajadores de los Estados miembros y comparable en materia de información y consulta de los trabajadores. En relación con la primera de esas finalidades, se configura el art. 1.a) de esa Directiva, que dice lo siguiente:

«1. A los efectos de la aplicación de la presente Directiva:

a) se entenderá por "despidos colectivos" los despidos efectuados por un empresario, por uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores, cuando el número de despidos producidos sea, según la elección efectuada por los Estados miembros:

i) para un periodo de 30 días (...) al menos el 10% del número de los trabajadores, en los centros de trabajo que empleen habitualmente como mínimo 100 y menos de 300 trabajadores.

ii) o bien, para un periodo de 90 días, al menos igual a 20, sea cual fuere el número de trabajadores habitualmente empleados en los centros de trabajo afectados.»

Nuestro derecho interno, al transponer la Directiva en su art. 51 del Estatuto de los Trabajadores, mejora las condiciones de la misma, pues de las dos opciones, opta por los umbrales numéricos del primer apartado, si bien escogiendo cómo ámbito temporal el plazo de los 90 días.

En efecto, el art. 51.1 del citado texto legal establece lo siguiente:

«1. A efectos de lo dispuesto en la presente Ley se entenderá por despido colectivo la extinción de contratos de trabajo fundada en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, cuando, en un período de noventa días, la extinción afecte al menos a (...) b) el 10 por 100 del número de trabajadores de la empresa en aquellas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores.

(...)

Para el cómputo del número de extinciones de contratos a que se refiere el párrafo primero de este artículo, se tendrán en cuenta asimismo cualesquiera otras producidas en el período de referencia por iniciativa del empresario en virtud de otros motivos no inherentes a la persona del trabajador distintos de los previstos en el párrafo c) del apartado 1 del art. 49 de esta Ley, siempre que su número sea, al menos, de cinco.

Cuando en períodos 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 art. 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.»

Pues bien, sentado lo anterior, que forzosamente condicionan el fallo judicial, la cuestión que se plantea ante el Alto Tribunal consiste en concretar cómo ha de interpretarse el último párrafo del repetido art. 51.1 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con la forma de cómputo del plazo de 90 días, ya que el mismo nada dice al respecto: si el cómputo debe llevarse a cabo hacia atrás; si hacia adelante (mirando al futuro), o en sentido bidireccional (hacia el pasado y futuro), siempre que se computen 90 días y que todas las extinciones queden dentro de ese periodo o si finalmente deben computarse los 90 días anteriores al despido y los posteriores.

En este sentido, la doctrina judicial no ha sido pacífica.

### 1. Cómputo unidireccional: Hacia el pasado

Diversos Tribunales Superiores de Justicia (Madrid, en fecha 26 de diciembre de 2001, número de recurso 4719/2000; Galicia, en fecha 21 de noviembre de 1996, número de recurso 4794/1996; y Asturias, en fecha 24 de julio de 2009, número de recurso 1357/2009) se han pronunciado acerca de la necesidad de delimitar el cómputo de los 90 días y fijarlo en una fecha determinada: la fecha en que se produjo la amortización objeto del pleito inclusive.

Según la referida doctrina, no cabe computar las extinciones posteriores — que impugnadas merecerán la calificación oportuna —, ya que «no cabe considerar por cuanto no es posible elucubrar sobre hipótesis futuras al tiempo de oponerse cada trabajador a la decisión que le afecta no puede basar su oposición en una posible actuación posterior de contrario, sino en la ya constatada, única que podía ser analizada judicialmente pues la carta de extinción y la demanda fijan los límites de conocimiento y resolución» (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 31 de octubre de 2000, número de recurso 3605/2000).

### 2. Cómputo unidireccional: Hacia el futuro

Cuando la Ley se refiere a «periodos sucesivos» de 90 días, se ha de entender que el periodo inicial (*dies ad quo*) se abre con el primer despido y que los despidos posteriores han de «unirse» a éste, a los efectos de determinar la legalidad de los despidos que se efectúen con posterioridad, ya que es un hecho nuevo que puede alegarse en el acto del juicio (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de fecha 8 de julio de 2011, número de recurso 1489/2011). La razón de todo ello es evitar el llamado despido por «goteo».

### 3. Cómputo bidireccional (hacia el pasado y hacia el futuro)

Una mayoría de sentencias (Tribunales Superiores de Justicia de Aragón, en fecha 30 de diciembre de 2010, número de recurso 954/2010; de Cataluña, en fecha 21 de junio de 2011, número de recurso 1530/2011; de Madrid, en fecha 16 de septiembre de 2008, número de recurso 2306/2008) se ha inclinado a favor de establecer un doble cómputo de tiempo (hacia el pasado y hacia el futuro).

Dicha doctrina sostiene que el cómputo es en «periodos sucesivos de 90 días», sin distinguir si es hacia atrás o hacia adelante, por lo que fijar que éste es únicamente hacia atrás podría considerarse restrictivo e injustificado y, con ello, contrario al tenor literal de la norma y, por ende, a la finalidad de la Directiva antes citada. De esta manera, el trabajador afectado, en el supuesto de que reclamara contra su despido, podría aducir nuevos despidos que en el momento de efectuarse el suyo desconociera y que hasta el momento del juicio pueden producirse, ya que nada impide que hechos nuevos posteriores al despido accedan al acto del juicio. Del mismo modo, se afirma que resulta arbitrario que ciertos trabajadores, a la hora de solicitar la nulidad de su despido, puedan valerse de extinciones efectuadas con anterioridad a la suya y que el trabajador, cuyo despido se produjo antes que éstos últimos, no pueda utilizar dicho argumento para solicitar la nulidad del mismo.

No obstante, todo ello, debe advertirse que ésta interpretación «halla su límite infranqueable en la caducidad de la acción de despido (...), pues si el actor no interpone demanda en el plazo de 20 días la acción caducará con independencia de que su despido pueda estar realizado en fraude del art. 51.1 ET» (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de fecha 16 de diciembre de 2011, número de recurso 2492/2011).

Teniendo en cuenta lo anterior, y de conformidad con un criterio hermenéutico, el Alto Tribunal, en la sentencia comentada, «disecciona» en dos la redacción del art. 51.1 del Estatuto de los Trabajadores, por un lado, la «norma general» relacionada con el número de extinciones contractuales que se pueden llevar a cabo en el periodo de 90 días, y, por otro, la «regla antifraude» a la que hace referencia el último párrafo del citado artículo, esto es, las posibles consecuencias del obrar fraudulento del empresario. Estableciendo este punto de partida, el Tribunal afirma que el citado periodo de 90 días tiene que tener un punto final e inicial, de tal forma que la fecha de despido del trabajador afectado constituirá ambos puntos: el final (*dies ad quem*) —para las extinciones que se

efectúen dicho día— y el inicial (*dies a quo*) —para el cómputo de los 90 días siguientes—.

Parece lógico entender que el día final del cómputo sea la fecha de extinción impugnada, y de ahí que deba de realizarse el cómputo hacia atrás, hasta alcanzar los ochenta y nueve días previos a dicha extinción (véase, el artículo de C. GONZÁLEZ GONZÁLEZ, «Las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo tras la Ley 3/2012, de 6 de julio», *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 9/2013, Ed. Aranzadi, 2013), pues aun cuando el legislador no ha aclarado todavía este aspecto, no es arbitrario entender que, en aras a proporcionar una cierta seguridad jurídica, el cómputo de los 90 días se determine con antelación, es decir, computar hacia atrás las extinciones.

Según el Alto Tribunal, «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 debe fijar 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».

Consecuentemente, para el supuesto que se comenta, en principio, las extinciones producidas en fecha 7 de mayo de 2010 —es decir, con posterioridad al despido del trabajador— serían ineficaces jurídicamente a los fines de la presente controversia. Por ello, debe entenderse que el Tribunal Supremo se inclina por la confirmación de la sentencia recurrida, y con ello la desestimación del recurso del trabajador.

Ahora bien, aclara la sentencia que hasta aquí, era esa la doctrina general que debe aplicarse en estos supuestos y era la forma en que debe interpretarse el art. 51.1 del referido Estatuto, de modo que dicha regla general, por seguridad jurídica, sólo permite el cómputo de ceses en los 90 días anteriores y no los ceses posteriores, si bien advierte la Sala «salvo en supuestos de obrar fraudulento»; frase ésta que es de suma relevancia para la solución de este supuesto. En efecto:

En el presente caso, dado que la empresa demandada, dos días después de la extinción del contrato del trabajador demandante, extinguió los contratos de otros doce trabajadores por las mismas causas objetivas, superando así los límites del repetido art. 51.1, la Sala aprecia la existencia de un «fraude de ley» por

la proximidad —dos días— entre unos ceses y otros, de lo que cabe presumir que el empresario sabía que a las extinciones acordadas se le unirían en fecha próxima otras con las que se superarían los umbrales del despido colectivo.

En opinión de la Sala, dicho obrar fraudulento no encuentra su justificación legal en el último párrafo del art. 51.1 del Estatuto de los Trabajadores, de modo que ese párrafo «no funda el éxito de la acción ejercitada» por el trabajador, ya que éste precepto, al hablar de que sólo «las nuevas extinciones» se considerarán efectuadas en fraude de ley y serán declaradas nulas y sin efectos, «quiere decir que sólo se considerarán fraudulentos los despidos realizados con *posterioridad, pero no el que está en litigio*», siempre que éstos últimos no se justifiquen aduciendo otras causas (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sevilla, de fecha 10 de mayo de 2011, número de recurso 3810/2010). Según el Alto Tribunal, este razonamiento es lógico toda vez que hasta que no «se producen las "nuevas extinciones" no se superan los límites que determinan la calificación del despido como colectivo».

En este mismo sentido ya se pronunció con anterioridad este Alto Tribunal en su sentencia de fecha 23 de diciembre de 2003 al establecer lo siguiente:

«Aun en tal caso, la sanción de nulidad que prevé el art. 51 solo alcanzaría, según previene el último párrafo in fine del art. 51.1, "a las nuevas extinciones" debiendo entenderse por tales aquellas con las que se supera el umbral legal en el período de referencia de 90 días, pero nunca una producida, como aquí ocurre, tres meses antes de iniciarse el período de referencia para los 19 trabajadores despedidos en el mes de junio. Y a igual conclusión debe llegarse a la vista del art. 122. 2 d) de la Ley de Procedimiento Laboral, a cuyo tenor, "la decisión extintiva será nula cuando se haya efectuado en fraude de Ley eludiendo las normas establecidas para los despidos colectivos, en los casos a que se refiere el último párrafo del art. 51.1 del Texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores".»

Pero, como se ha dicho anteriormente, esta «regla antifraude» del art. 51.1 del Estatuto de los Trabajadores deja de aplicarse en los supuestos en los que, como en el actual, la empresa hubiere actuado fraudulentamente, contraviniendo así lo dispuesto en el art. 6.4 del Código Civil. Y ello es así, por cuanto, el art. 6.4 del Código Civil dispone que los actos realizados al amparo de una norma que persiga un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiera tratado de eludir. El fraude de ley se

configura, pues, como una «conducta intencional de utilización desviada de una norma del ordenamiento jurídico para la cobertura de un resultado antijurídico que no debe ser confundida con la mera infracción o incumplimiento de una norma, o con una posible elección errónea del tipo contractual que corresponde a un determinado propósito negocial» (Sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 25 de julio de 2012, número de recurso 109/2012).

Por consiguiente, en el presente supuesto, el Alto Tribunal sostiene que, el corto espacio de tiempo entre unas y otras extinciones (5 y 7 de mayo de 2010: dos días) es cuanto menos revelador del propósito de la empresa de eludir la aplicación del art. 51.1 del Estatuto de los Trabajadores, pues la decisión de extinguir los nuevos contratos de trabajo dos días después de los anteriores se tomó simultáneamente, y su ejecución se dilató en el tiempo para impedir la aplicación del citado artículo del Estatuto de los Trabajadores. Con esta conducta maliciosa, la empresa ha pretendido inaplicar el procedimiento previsto en nuestro ordenamiento jurídico de despido colectivo, dando la apariencia de realidad y legalidad en su proceder, de ahí que, en atención a lo establecido en el art. 6.4 del Código Civil, la consecuencia no puede ser otra que la aplicación de la norma que la empresa trató de eludir.

Consecuentemente, y a la vista de la conducta fraudulenta de la empresa al dilatar en el tiempo los despidos objetivos, el Tribunal Supremo casa y anula la sentencia recurrida en casación, declarando nulo el despido del trabajador.

#### 4. CONCLUSIÓN

Con esta sentencia, la Sala Cuarta del Tribunal Supremo parece que quiere poner fin a la discusión doctrinal sobre el cómputo de los 90 días del art. 51.1 del Estatuto de los Trabajadores que, a día de hoy, el legislador no ha querido precisar. Sin embargo mucho nos tememos que ello no va a ser así, al menos mientras no exista otro u otros pronunciamientos en igual sentido que, en definitiva, vengán a corroborar la tesis mantenida por la sentencia comentada, ya que muchas son las discrepancias que existen en la materia, a la luz de la doctrina que constantemente estamos leyendo de las Salas de lo Social de los distintos Tribunales Superiores de Justicia.