



Roj: AJSO 5/2013 - ECLI:ES:JSO:2013:5A
Id Cendoj: 08019440332013200002
Órgano: Juzgado de lo Social
Sede: Barcelona
Sección: 33
Nº de Recurso: 85/2013
Nº de Resolución:
Procedimiento: SOCIAL
Ponente: JOAN AGUSTI MARAGALL
Tipo de Resolución: Auto

JUTJAT SOCIAL 33

BARCELONA

Ronda Sant Pere, 52, entresol

08010 Barcelona

Procedimiento; Despido 85/2013

Parte actora: Enrique

Parte demandada NEXEA GESTIÓN DOCUMENTAL, SA. I FONDS DE
GARANTÍA SALARIAL (FGS)

AUTO

Magistrado Juez Joan Agusti Maragall

En Barcelona, a 9 de julio de 2013.

Joan Agusti Maragall, Magistrado Juez, titular del Juzgado de lo Social nº 33 de Barcelona, en las presentes actuaciones en materia de impugnación de extinción por circunstancias objetivas a instancia de Enrique contra Nexea Gestión Documental SA y Fondo de Garantía Salarial, habiendo sido emplazado asimismo el Ministerio Fiscal, dicto la siguiente resolución:

I- ANTECEDENTES PROCESALES

1- En fecha 28.1.13 fue repartida a este juzgado demanda interpuesta por Enrique contra Nexea Gestión Documental SA y Fondo de Garantía Salarial en impugnación de extinción por circunstancias objetivas.

2,- Acordada su admisión, se celebró el acto del juicio en fecha 29.5.13, con comparecencia de ambas partes, Enrique y Nexea Gestión Documental SA, sin que lo hiciera el Fondo de Garantía Salarial. Al inicio del juicio, al ratificar la demanda, el demandante aclaró la misma en el sentido que los dos motivos de impugnación erróneamente ubicados en el "tercer otrosí" de la demanda-debían ser considerados como fundamentos jurídicos de misma, aclaración que fue admitida al manifestar la demandada que ninguna indefensión le generaba. Practicada la prueba y acabado el juicio, se acordó en fecha 14.6.13. para mejor proveer, que la demandada aportara más documentación

3.- Mediante providencia de fecha 14.6.13 se confirió plazo de alegaciones a las partes en orden al posible planteamiento de diversas cuestiones de interpretación ante el Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea. Ambas partes formularon las correspondientes alegaciones, en el sentido favorable al planteamiento, el demandante, y contrario al mismo, la demandada y el Ministerio Fiscal.

4,-.Según consulta evacuada por dicho Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea en fecha 6.6.13 no constan planteadas ante dicho tribunal idénticas o parecidas cuestiones por parte de otro órgano judicial español.

5.- Interesándose la aplicación del procedimiento acelerado regulado en el art. 105 del Reglamento del TJUE , a fin de facilitar y acelerar las comunicaciones, se informa a continuación de las direcciones físicas, correos electrónicos y número de fax del órgano judicial remitente y de las partes intervinientes:

Juzgado de lo Social nº 33 de Barcelona jagusti@xij.gencat.cat tel. 932958702 Ronda San Pere 52, entresuelo, Barcelona 08010. fax 933100584.

Letrado del demandante: Juan Bautista Viñuelas Boil, juan@asesoresortuno.net C/ Ricart 27 bajos, 08930 Sant Adrià de Besos. fax 934621263

Letrado de la demandada María Morales Puerta, aebarcelona@dsie.mju.es Abogacía del Estado Avda. Portal de l'Àngel nº 31, 3º, 08002 Barcelona fax 933180540

Ministerio Fiscal fp.siniestralitat.laboral.ben@xij.gencat.cat. fax 935549366

II.- HECHOS ACREDITADOS EN EL LITIGIO

1. El demandante empezó a trabajar para la demandada el 14.1.08, con la categoría profesional de oficial cualificado y una retribución diaria -a efectos, en su caso, de cálculo indemnizatorio- de 67,76 euros, con la inclusión de la prorrata de las dos pagas extraordinarias.

2. La demandada -en adelante, Nexea- es una empresa integrada en el Grupo mercantil "Correos", participada societariamente en su integridad por la Sociedad Estatal de Participaciones Estatales (SEPI), entidad pública empresarial adscrita al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, regulada por el RDL 5/95, y cuyo objetivo básico es -entre otros- gestionar y rentabilizar las participaciones empresariales que le asigne el Gobierno, Su actividad principal consiste en la prestación de servicios de correo híbrido, servicios que permiten al cliente remitir sus escritos y documentos por medios telemáticos o electrónicos, encargándose la empresa de su impresión, ensobrado y remisión al servicio de correo para su posterior distribución a los destinatarios.

3. Nexea está integrada en el denominado "Grupo Correos", junto a la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos, SA (dedicada a las clásicas actividades y servicios postales), Cronoexpres, SA (mensajería y pequeña paquetería) y Correos Telecom.,SA (gestión de la red de telecomunicaciones del Grupo). Recientes pronunciamientos judiciales han declarado el carácter estrictamente mercantil -no laboral o "patológico"- de dicho grupo (STSJ Andalucía -Sevilla- de 15.11.12 , STJS Madrid 1.6.12 , STSJ Cataluña 13.6.12 , y sentencia de la Audiencia Nacional de 3.5.12).

4. A 20 julio de 2012, la empresa Nexea tenía dos centros de trabajo: el de Madrid (Administración y centro de producción), con 164 empleados, y el de Barcelona (centro de operaciones), con 20 empleados (según boletines de cotización TC-2, folios 256- 259). En dicha fecha de 20-7-12 procedió a 14 extinciones individuales de contrato por causas objetivas en el centro de trabajo de Madrid. Las razones aducidas fueron el descenso en la facturación durante tres trimestres consecutivos, a partir del cuarto trimestre de 2011, con pérdidas en dicho ejercicio, y previsión de pérdidas para 2012. Diversas sentencias dictadas por los juzgados de lo social de Madrid han desestimado sendas demandas en impugnación de dichas extinciones.

5. En los meses posteriores constan el número de empleados y extinciones en ambos centros de trabajo que se detallan a continuación (certificación empresarial de 17.6.13 y boletines de cotización TC-2, folios 260-324)

Madrid

extinciones

Barcelona

extinciones

agosto 2012

septiembre 2012

octubre 2012

noviembre 2012

diciembre 2012 (a 19.12.12)

diciembre 2012 (a 31.12.12)

149
149
148
147
145
148
1
3
20
18
18
17
16
2
1
1
13

Las cinco extinciones producidas en los meses de noviembre y octubre, tres en el centro de Madrid (en fechas 9,15 y 20 de noviembre) y dos en el de Barcelona (en fechas 27 de octubre y 13 de noviembre), fueron por finalización de contrato eventual (certificación, empresarial de 17,6.13 y boletines de cotización TC-2, folios 260-324).

En fecha de 20.12.12 se ha notificado idéntica comunicación escrita al demandante y a otros 12 empleados del centro de Barcelona, por la que se les informa de la extinción individual de su contrato de trabajo, con efectos de la misma fecha de notificación, en base a causas económicas, productivas y organizativas que, según la demandada, le habrían obligado al cierre del centro de operaciones de Barcelona, Las causas aducidas en la comunicación coinciden substancialmente con alegadas en las 14 extinciones producidas en fecha 20.7.12 en el centro de Madrid (doc. 5 la demandada, comunicación escrita que se da aquí por íntegramente reproducida). Los tres empleados restantes hasta completar el total de 16 empleados del centro de trabajo de Barcelona, el responsable y los dos comerciales, al cerrarse el mismo, han pasado a depender del centro de Madrid (hecho conforme),

III.- OBJETO DEL LITIGO.

1.- Pretensión de la demanda y su fundamentación.

La pretensión del demandante es la declaración de nulidad o, subsidiariamente, la declaración de improcedencia de la extinción impugnada, con las consiguientes declaraciones y condena previstas en el ordenamiento jurídico español (readmisión, en caso de declaración de nulidad, readmisión que podrá ser sustituida por la indemnización en caso de declaración de improcedencia, a opción del empresario).

La pretensión de declaración de nulidad -única que justifica las cuestiones que se plantearán- la fundamenta el demandante, en la demanda pero también en sus alegaciones en juicio, en la convicción que la empresa demandada habría eludido fraudulentamente el procedimiento de despido colectivo, el cual resultaría obligado en aplicación de la Directiva 98/59 por cualquiera de los dos siguientes motivos:

- El primer motivo se formula en los siguientes términos: "dado que el cierre del centro de trabajo implica la extinción de 16 relaciones laborales directas...podría entenderse como despido colectivo si se asimila el cierre del centro de trabajo y despido de toda su plantilla a cierre empresarial", invocando explícitamente, a continuación, "la Directiva 98/59 CE en la que en su punto 1.a) i, relativa a los despidos colectivos...habla del número de trabajadores que son despedidos en los "centros de trabajo ".

- El segundo motivo para postular el carácter colectivo del despido se fundamenta en la posible superación del umbral numérico establecido en el art. 51.1 ET caso de computarse todas las extinciones realizadas "en los últimos 180 días en todos los centros", alegación que, una vez aclarada en el acto del juicio, hay que entender referida a los dos períodos de 90 días previo y posterior al despido impugnado y en el caso de considerarse las extinciones por finalización de contrato temporal como "despidos o extinciones" "a iniciativa del empresario y no inherentes a la persona del trabajador".

2.- Oposición de la demandada.

La empresa demandada, que ha sido defendida en el acto del juicio por la Abogacía del Estado en razón de su carácter de empresa pública, se ha opuesto a todas las pretensiones de la demanda y por ello, y en primer lugar, a los dos motivos anteriormente expuestos. En síntesis, y sin perjuicio de ulterior análisis de sus alegaciones, considera que la extinción impugnada en ningún caso debe ser considerada como integrante de un despido colectivo, como pretende el demandante, sino correctamente formalizada como extinción individual, en razón de las reglas de definición del despido colectivo establecidas en el art. 51 del Estatuto de los Trabajadores, cuya adecuación a la Directiva Comunitaria 98/59 -respecto a ambos motivos de impugnación- ha sido ya analizada y resuelta favorablemente por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (especialmente mediante su sentencia de fecha 18.3.09, la primera, y en -entre otras- en la de 8.7.12, la segunda).

3.- Núcleo central del litigio.

La definición del concepto de despido colectivo y las reglas que determinan su ámbito de aplicación contenidas en el artículo 51.1 del Estatuto de los Trabajadores, según la interpretación efectuada por el Tribunal Supremo, avala plenamente la tesis de la empresa demandada y determinaría la desestimación de ambos motivos de impugnación. Por el contrario, si -tal como postula el demandante y entiende este magistrado- se consideran de obligada aplicación los conceptos y reglas de "derecho comunitario", en la forma que -a criterio de este magistrado- resulta del propio tenor literal de la Directiva 98/59 y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la extinción impugnada debería haberse integrado en un despido colectivo, incumplimiento que comportaría la calificación de nulidad de tal extinción tal como dispone el artículo 122 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

4.- Alegaciones previas al planteamiento de las cuestiones.

Mediante providencia de fecha 14.6.13 se confirió plazo de alegaciones a las partes y al Ministerio Fiscal en orden al posible planteamiento de diversas cuestiones de interpretación ante el Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea. Ambas partes formularon las correspondientes alegaciones, en el sentido favorable al planteamiento, el demandante, y contrario al mismo, tanto la demandada como el Ministerio Fiscal.

IV.- NORMATIVA COMUNITARIA APLICABLE.

Directiva 98/59 relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos:

Artículo 1.1

"A 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 período de 30 días:

- al menos igual a 10 en los centros de trabajo que empleen habitualmente más de 20 y menos de 100 trabajadores,

- 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,

- al menos igual a 30 en los centros de trabajo que empleen habitualmente 300 trabajadores, como mínimo;

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

b) se entenderá por "representantes de los trabajadores" los representantes de los trabajadores previstos por la legislación o la práctica de los Estados miembros.

A efectos del cálculo del número de despidos previsto en la letra a) del párrafo anterior se asimilarán a los despidos las extinciones del contrato de trabajo producidas por iniciativa de empresario en base a uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores, siempre y cuando los despidos sean al menos 5,»

Artículo 1.2

"La presente Directiva no se aplicará:

a) a los despidos colectivos efectuados en el marco de los contratos de trabajo por una duración o para una tarea determinadas, salvo si estos despidos tienen lugar antes de la finalización o del cumplimiento de estos contratos ".

Artículo 5

"La presente Directiva no afectará a la facultad de los Estados miembros de aplicar o introducir disposiciones legales, reglamentarias o administrativas más favorables para los trabajadores o de permitir o de fomentar la aplicación de disposiciones convencionales más favorables para los trabajadores.

V.- NORMATIVA Y JURISPRUDENCIA NACIONAL APLICABLE

1.- Estatuto de los Trabajadores, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo (en lo sucesivo, "Estatuto de los Trabajadores", o "ET"),

- artículo 49

1.El contrato de trabajo se extinguirá:

c) Por expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato.

i) Por despido colectivo fundado en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción".

- artículo 51

"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;

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

b) El 10 por ciento del número de trabajadores de la empresa en aquéllas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores.

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

Se entiende que concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas. En todo caso, se entenderá que la disminución es persistente si durante tres trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior.

Se entiende que concurren causas técnicas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción; causas organizativas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción y causas productivas cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado.

Se entenderá igualmente como despido colectivo la extinción de los contratos de trabajo que afecten a la totalidad de la plantilla de la empresa, siempre que el número de trabajadores afectados sea superior a cinco, cuando aquél se produzca como consecuencia de la cesación total de su actividad empresarial fundada en las mismas causas anteriormente señaladas.

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 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 artículo 49.1 c) 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 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.

2. El despido colectivo deberá ir precedido de un período de consultas con los representantes legales de los trabajadores de una duración no superior a treinta días naturales, o de quince en el caso de empresas de menos de cincuenta trabajadores. La consulta con los representantes legales de los trabajadores deberá versar, como mínimo, sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento, tales como medidas de recolocación o acciones de formación o reciclaje profesional para la mejora de la empleabilidad.

La comunicación de la apertura del período de consultas se realizará mediante escrito dirigido por el empresario a los representantes legales de los trabajadores, una copia del cual se hará llegar a la autoridad laboral. En dicho escrito se consignarán los siguientes extremos:

- a) La especificación de las causas del despido colectivo conforme a lo establecido en el apartado 1.
- b) Número y clasificación profesional de los trabajadores afectados por el despido.
- c) Número y clasificación profesional de los trabajadores empleados habitualmente en el último año.
- d) Período previsto para la realización de los despidos.
- e) Criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados por los despidos.

La referida comunicación deberá ir acompañada de una memoria explicativa de las causas del despido colectivo y de los restantes aspectos señalados en el párrafo anterior.

La comunicación a los representantes legales de los trabajadores y a la autoridad laboral deberá ir acompañada de toda la información necesaria para acreditar las causas motivadoras del despido colectivo en los términos que reglamentariamente se determinen.

Recibida la comunicación, la autoridad laboral dará traslado de la misma a la entidad gestora de las prestaciones por desempleo y recabará, con carácter preceptivo, informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social sobre los extremos de la comunicación a que se refiere los párrafos anteriores y sobre el desarrollo del período de consultas. El informe deberá ser evacuado en el improrrogable plazo de quince días desde la notificación a la autoridad laboral de la finalización del período de consultas y quedará incorporado al procedimiento.

La intervención como interlocutores ante la dirección de la empresa en el procedimiento de consultas corresponderá a las secciones sindicales cuando éstas así lo acuerden, siempre que tengan la representación mayoritaria en los comités de empresa o entre los delegados de personal.

En los supuestos de ausencia de representación legal de los trabajadores en la empresa, éstos podrán atribuir su representación para el período de consultas a una comisión designada conforme a lo dispuesto en el artículo 41.4.

Durante el período de consultas, las partes deberán negociar de buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo.

El empresario y la representación de los trabajadores podrán acordar en cualquier momento la sustitución del período de consultas por el procedimiento de mediación o arbitraje que sea de aplicación en el ámbito de la empresa, que deberá desarrollarse dentro del plazo máximo señalado para dicho período.

La autoridad laboral velará por la efectividad del período de consultas pudiendo remitir, en su caso, advertencias y recomendaciones a las partes que no supondrán, en ningún caso, la paralización ni la suspensión del procedimiento. Igualmente y sin perjuicio de lo establecido en el párrafo anterior, la autoridad laboral podrá realizar durante el período de consultas, a petición conjunta de las partes, las actuaciones de mediación que resulten convenientes con el fin de buscar soluciones a los problemas planteados por el despido colectivo. Con la misma finalidad también podrá realizar funciones de asistencia a petición de cualquiera de las partes o por propia iniciativa.

Transcurrido el período de consultas el empresario comunicará a la autoridad laboral el resultado del mismo. Si se hubiera alcanzado acuerdo, trasladará copia íntegra del mismo. En caso contrario, remitirá a

los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral la decisión final de despido colectivo que haya adoptado y las condiciones del mismo.

2.- Ley 36/2011)... Reguladora de la Jurisdicción Social (en lo sucesiv. LRJS)

art. 122. 2.b) "La decisión extintiva será nula..... b) 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

3.- Jurisprudencia pertinente sobre las cuestiones planteadas.

- Sentencia de la Sala Social del Tribunal Supremo de 18.3.09, RCU 1878/08

- Sentencia de la Sala Social del Tribunal Supremo de 3.7.12, RCU 1744/11

- Sentencia de la Sala Social del Tribunal Supremo de 8.7.12, RCU 2341/11

V.- NECESIDAD DEL PLANTEAMIENTO DE LAS CUESTIONES PREJUDICIALES.

1.- Es plenamente consciente este magistrado promotor de la cuestión que, en el marco de un procedimiento promovido en virtud del artículo 234 CE, no corresponde al Tribunal de Justicia pronunciarse sobre la compatibilidad de normas de Derecho interno con el Derecho comunitario. Sin embargo, el Tribunal de Justicia sí es competente para proporcionar al órgano jurisdiccional nacional todos los elementos de interpretación relacionados con el Derecho comunitario que puedan permitirle apreciar la compatibilidad de las normas de Derecho interno con la normativa comunitaria (véanse, en particular, las sentencias de 19 de septiembre de 2006, Wilson, C-506/04, Rec p. 1-8613, apartados 34 y 35. y de 6 de marzo de 2007. Placanica y otros, C- 338/04, C-359/04 y C-360/04, Rec p. 1-1891. apartado 36, Rodríguez Mayor C-323/08.).

2.- Dada la posición de las partes, resulta determinante para la resolución del litigio establecer la compatibilidad de la norma interna que regula el ámbito de aplicación del despido colectivo -el artículo 51.1 del Estatuto de los Trabajadores (aprobado por Real Decreto Legislativo 1/95 de 24 de marzo)- con la norma comunitaria que traspone, el artículo 1 de la Directiva 98/59 relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos. La aplicación de ambos preceptos, en la interpretación efectuada por el Tribunal Supremo, avala plenamente la tesis de la empresa demandada y determinaría la desestimación de ambos motivos de impugnación. Por el contrario, de interpretarse los conceptos "despido colectivo", "extinciones del contrato de trabajo producidos por iniciativa del empresario en base a motivos no inherentes a la persona del trabajador" y "centro de trabajo", como conceptos de "derecho comunitario", en la forma que -a criterio de este magistrado- resulta del propio tenor literal de la Directiva 98/59 y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, habrá que concluir que la extinción impugnada debería haberse integrado en un despido colectivo, incumplimiento que comportaría la calificación de nulidad de tal extinción,

3.- Las cuestiones que se plantearán, pues, tienen por objeto solicitar del Tribunal de Justicia la interpretación de los siguientes conceptos y reglas en la Directiva 98/59, como paso previo para que este juzgador pueda valorar la adecuación a los mismos de la normativa nacional, como elemento determinante para la resolución del pleito:

Primera cuestión: art. 1.1.a). Concepto de "despido colectivo".

Segunda cuestión: art. 1b) Concepto de "extinciones del contrato de trabajo producidos por iniciativa del empresario en base a motivos no inherentes a la persona del trabajador", que deben ser asimiladas a efectos del cálculo del número de despidos previsto.

Tercera cuestión: art. 2.a). Concepto de "despidos colectivos efectuados en el marco de contratos de trabajo celebrados por una duración o para una tarea determinadas", excluidos de la aplicación de la Directiva.

Cuarta cuestión: art. 1.1.a). Concepto de "centro de trabajo", como unidad física de referencia para el cálculo del número de despidos.

4.- Las tres primeras cuestiones están íntimamente conectadas, al referirse todas -en definitiva- a concepto de "despido colectivo" en la Directiva 98/59, el ámbito de aplicación de la misma y las extinciones computables. Por ello se exponen y se razona la necesidad de las mismas de forma conjunta y separada de la cuarta y última cuestión, claramente desconectada de las anteriores, al referirse al concepto "centro de trabajo".

VI.- LAS TRES PRIMERAS CUESTIONES QUE SE FORMULAN

L- Primera cuestión: concepto de "despido colectivo" en el art. 1.1.a) de la Directiva 98/59 .

¿El concepto de "despido colectivo" establecido en el art. 1, apartado 1 a) de la Directiva 98/59, al comprender en su ámbito a todos "los despidos efectuados por un empresario, por uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores", según el umbral numérico que se establece, debe ser interpretado -dado su alcance comunitario- en el sentido que impide o se opone a que la norma de traslación o trasposición nacional restrinja el ámbito del mismo a solamente determinado tipo de extinciones, las que respondan a causas "económicas, técnicas, organizativas o productivas", como hace el artículo 51.1 del Estatuto de los Trabajadores ?.

II- Segunda cuestión: Concepto de "extinciones del contrato de trabajo producidos por iniciativa del empresario en base a motivos no inherentes a la persona del trabajador", que deben ser asimiladas a efectos del cálculo del número de despidos, según el art. 1. 1b) de la Directiva 98/59 .

Á efectos del cálculo del número de despidos computables en orden a determinar la posible concurrencia del "despido colectivo" en los términos definidos en el artículo 1.1. de la Directiva 98/59, ya sea como "despido efectuado por un empresario" (en su apartado a), ya sea como "extinción del contrato de trabajo producidos por iniciativa del empresario en base a uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores, siempre y cuando los despidos sean al menos 5" (en su apartado b), ¿ deben computarse las extinciones individuales -no colectivas- por finalización del contrato de duración determinada (por tiempo, obra o servicio convenido) como las contempladas en el artículo 49, 1c) del Estatuto de los Trabajadores ?

III- tercera cuestión: el concepto de "despidos colectivos efectuados en el marco de contratos de trabajo celebrados por una duración o para una tarea determinadas", excluidos de la aplicación de la Directiva 98/59 según su art. 2 a).

El concepto "despidos colectivos efectuados en el marco de contratos de trabajo celebrados por una duración o para una tarea determinadas", en orden a la regla de inaplicación de la Directiva 98/59 establecido en su art. 2 a), ¿se define exclusivamente por el criterio estrictamente cuantitativo del art. 1 a), o, requiere, además, que la causa de la extinción colectiva derive de un mismo marco de contratación colectiva por un misma duración, servicio u obra?

VII- RAZONES QUE FUNDAMENTAN LAS TRES PRIMERAS CUESTIONES.

1.- Forzoso es empezar recordando, en primer lugar, que la Directiva 98/59 ha querido garantizar una protección comparable de los derechos de los trabajadores en los diferentes Estados miembros en los casos de despidos colectivos y equiparar las cargas que estas normas de protección suponen para las empresas de la Comunidad (sentencia de 8 de junio de 1994 [TJCE 1994. 97], Comisión/Reino Unido, C-383/92 , Rec p. I-2479, apartado 16, y "asunto C-385/05").

En segundo lugar, es preciso señalar que de sus artículos 1, apartado 1, y 5, se desprende que esta Directiva tiene por objeto establecer una protección mínima en materia de información y consulta de los trabajadores en caso de despidos colectivos, aunque los Estados miembros podrán adoptar medidas nacionales más favorables para los referidos trabajadores.

Por ello, la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha reiterado que una normativa nacional que obstaculiza la protección garantizada, de manera incondicional, a los trabajadores por una Directiva es contraria al Derecho comunitario (sentencias Comisión/Reino Unido TJCE 1994,97 y Comisión/Portugal, STJCE de 12.10.04).

2.- La Directiva 98/59, en su art. I, apartado 1. a), establece que -a efectos de su aplicación- "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..." y en su letra b) asimila a los despidos idas extinciones del contrato de trabajo producidas por iniciativa del empresario en base a uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores, siempre y cuando los despidos sean al menos 5».

En la STJCE de 12.10.04 (asunto C -55-02, Comisión/Portugal) el Tribunal de Justicia ya aclaró que el concepto "despido colectivo" reviste alcance comunitario y debe interpretarse en el sentido de que engloba cualquier extinción del contrato de trabajo no deseada por el trabajador y, en consecuencia, sin su consentimiento.

43. En virtud del artículo I, apartado 1, letra a), de la Directiva, a efectos de la aplicación de ésta, se entenderá por "despidos colectivo" los despidos efectuados por un empresario, por uno o varios motivos

no inherentes a la persona de los trabajadores, siempre que concurren determinados requisitos de índole cuantitativa/temporal.

44. La Directiva no define expresamente el concepto de "despido». Sin embargo, el citado concepto debe ser objeto de una interpretación uniforme a los fines de la Directiva.

45. Tanto de las exigencias de la aplicación uniforme del Derecho comunitario como del principio de igualdad se desprende que el tenor literal de una disposición de Derecho comunitario que no contenga remisión expresa alguna al Derecho de los Estados miembros para determinar su sentido y su alcance debe normalmente ser objeto de una interpretación autónoma y uniforme, en toda la Comunidad, que debe realizarse teniendo en cuenta el contexto de la disposición y el objetivo perseguido por la normativa de que se trata (sentencias de 19 de septiembre de 2000 , Linster, C-287/98, Rec p. 1-6917, apartado 43, y de 11 de marzo de 2003 , Ansul, C-40/01 , Rec p. I-2439, apartado 26).

47. Además, tanto del título como de los considerandos tercero, cuarto y séptimo de la Directiva se desprende que la finalidad de ésta es fomentar la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de despidos colectivos.

48. Al armonizar las normas aplicables a los despidos colectivos, el legislador comunitario ha querido, a la vez, garantizar una protección comparable de los derechos de los trabajadores en los diferentes Estados miembros y equiparar las cargas que estas normas de protección suponen para las empresas de la Comunidad (sentencia de 8 de junio de 1994, Comisión/Reino Unido, C- 383/92 , Rec p. I-2479, apartado 16).

49. Por lo tanto, no puede definirse el concepto de "despido", a que se refiere el artículo 1, apartado 1, letra a), de la Directiva, mediante una remisión a las legislaciones de los Estados miembros, sino que tiene un alcance comunitario.

50. El citado concepto debe interpretarse en el sentido de que engloba cualquier extinción del contrato de trabajo no pretendida por el trabajador y, en consecuencia, sin su consentimiento. Tal concepto no exige que las causas subyacentes correspondan a la voluntad del empresario.

51. Esta interpretación del concepto de "despido" a los fines de la Directiva es consecuencia de la finalidad pretendida por ésta y del contexto en el cual se enmarca la disposición en cuestión.

52. De esta forma, a tenor del segundo considerando de la Directiva, ésta pretende

reforzar la protección de los trabajadores en caso de despidos colectivos. Según los considerandos tercero y séptimo de la propia Directiva, lo que debe ser objeto de una aproximación de las legislaciones son principalmente las diferencias que signen existiendo entre las disposiciones en vigor en los distintos Estados miembros por lo que atañe a las medidas capaces de atenuar las consecuencias de los despidos colectivos. "

Por ello, en dicha STJCE de 12.10.04 (asunto C -55-02, Comisión/Portugal), consideró incumplimiento del Estado portugués una ley que había limitado el concepto de despido colectivo a los despidos por motivos de índole estructural, tecnológica o coyuntural sin incluir otros despidos por otras razones no inherentes a la persona de los trabajadores.

3.- Parece claro, pues, que la Directiva no remite a los Estados para la determinación o adecuación del concepto "despido colectivo", sino que lo considera de "alcance comunitario" y que, por consiguiente, debe ser objeto de una interpretación autónoma y uniforme, que debe tener en cuenta el texto de la Directiva y su objetivo de garantizar una protección comparable de los derechos de los trabajadores sobre medidas capaces de atenuar las consecuencias de los despidos colectivos y también equiparar las cargas procedimentales que estas normas de protección suponen para las empresas de la Unión.

Este concepto de "despido colectivo", por ello, dada la fórmula negativa empleada por la Directiva 98/59, se define esencialmente por un elemento cuantitativo (el umbral numérico) y un elemento causal muy amplio (al excluir sólo los motivos "inherentes a la persona de los trabajadores"), lo que determina -asimismo- un ámbito de aplicación igualmente amplio.

Frente a este amplio concepto comunitario de "despido colectivo", la norma nacional, el art. 51.1 del Estatuto de los Trabajadores , como ocurría en la legislación portuguesa analizada en el asunto "Comisión/ Portugal", establece un concepto intensamente causal -" se entenderá por despido colectivo la extinción de contratos de trabajo fundada en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción"- y, por consiguiente, con un ámbito de aplicación más restringido.

4.- Ciertamente, el Tribunal Supremo, en sus sentencias de 18.3.09 , 3 y 8 de julio de 2012 , ha detectado esta manifiesta discordancia en la definición del concepto de "despido colectivo" y el correspondiente ámbito de protección, y ha intentado salvarla con distintos argumentos:

Así, en su sentencia de 18.3.09 el Tribunal Supremo razona que la norma nacional: "...establece una regulación procedimental más favorable para los trabajadores, no sólo con respecto a la unidad de referencia física (empresa y no centro de trabajo) para el cómputo de trabajadores afectados, sino también exigiendo a la empresa la justificación de la causa extintiva y la necesidad de la previa autorización administrativa para proceder al despido colectivo (requisitos éstos que no establece la norma comunitaria),"

Respecto de este razonamiento lo primero que hay que resaltar es que dos de las exigencias más favorables que exigía el art. 51 ET en la versión del año 2009, cuando se dictó la sentencia, o han sido suprimidas o degradadas en el texto actualmente vigente, resultante de la "Reforma Laboral" operada mediante la Ley 3/12 así, se ha suprimido la exigencia de la autorización administrativa (que controlaba no solo la procedencia formal y procedimental del despido colectivo, sino también la concurrencia de la causa y la adecuación de la medida extintiva), pero también ha desaparecido -como primer objeto de la consulta con los representantes de los trabajadores- la antigua referencia "a las causas motivadores del expediente ", como primer punto a tratar en la consulta, que ya no consta en el actual art. 51,2 ET , que limita el objeto de dicha consulta a las posibilidades de evitar o reducir el despido colectivo y de atenuar sus consecuencias).

Pero, aún admitiendo que el actual art. 51 ET -aunque ya de manera más atenuada- siga mejorando la protección de la Directiva 98/59 (en tanto que permite su impugnación judicial, tanto individual como colectiva según dispone el artículo 124 de la Ley 36/11 Reguladora de la Jurisdicción Social), lo que en absoluto se justifica es que esta superior tutela de la norma nacional (al posibilitar la impugnación judicial) restrinja el ámbito de aplicación de la tutela comunitaria, aunque la misma sea más limitada (a los deberes de información y consulta).

5.- En este punto forzoso es recordar que Estado Español, al haber ratificado el Convenio nº 158 de la OIT, como la mayoría del resto de los Estados miembros de la LIE, viene obligado a mantener el principio de causalidad en el despido y a establecer un mecanismo de impugnación ante un despido injusto, mandatos que la doctrina del Tribunal Constitucional ha declarado integrado en el derecho constitucional al trabajo consagrado en el art. 35 de la Constitución Española .

Pero -y ahí se plantea este magistrado la primera duda interpretativa- este mandato debe ser plenamente compatible -y no antagónico- con el carácter de norma mínima de la Directiva 98/59, recogido en su artículo 5º, que dispone que la misma "o afectará a la facultad de los Estados miembros de aplicar o de introducir disposiciones legales, reglamentarias o administrativas más favorables para los trabajadores... ". Y, por consiguiente, esta superior tutela que comporta la exigencia de causalidad en los despidos por "causas objetivas" y la posibilidad de control judicial sobre la misma, no puede comportar la restricción del ámbito de aplicación del concepto de "despido colectivo", con exclusión de otras situaciones que sí deben quedar comprendidas en ámbito de protección de la Directiva 98/59, aunque dicha protección sea menos intensa al quedar limitada a las obligaciones de información y consulta.

6.- Considera este magistrado, en definitiva, que según la interpretación que se haga del art. 1.1.a) de la Directiva 98/59 , la norma nacional, el art. 51.1 ET , al limitar el concepto de despidos colectivos exclusivamente a los causados o motivados por las "causas objetivas" (económicas, técnicas, organizativas o productivas) en vez de extenderlo a "todas las razones no inherentes a la persona de los trabajadores", pudiera haber incumplido el mandato de trasposición de la Directiva, como ya se apreció - respecto a la legislación portuguesa- en el asunto "Comisión/Portugal" referido (STJUE 12.10.04). Por cuanto, como se razonará más adelante, esta restricción del ámbito de aplicación del despido colectivo sólo queda parcialmente corregida mediante el penúltimo párrafo del art. 51.1 ET .

En todo caso, la adecuada interpretación del "elemento causal" en la Directiva 98/59 deviene determinante para la resolución del pleito, por cuanto condiciona, indisociablemente y como se razona a continuación, el número de extinciones computables -ni que sea por asimilación- para la determinación del carácter colectivo o individual del despido impugnado.

7.- En sus posteriores sentencias de 3 y 8 de julio de 2012, mucho más recientes, el Tribunal Supremo vuelve a validar la adecuación de la norma estatal -el art. 51.1 ET en su versión anterior a la Ley 3/12- a la norma comunitaria, pero ya con otro argumento: considera equiparados ambos ámbitos de aplicación gracias al penúltimo párrafo del art. 51.1 ET , que dispone que -a efectos del umbral numérico determinante del carácter colectivo del despido- deberán también computarse las extinciones contractuales producidas "por iniciativa

del empresario en virtud de otros motivos no inherentes a la personal del trabajador distintos de los previstos en el art. 49. 1c) de esta Ley " (precepto este último que hace referencia a las extinciones contractuales por causa de la temporalidad del contrato). Y en base a dicha inclusión -concluye la primera de dichas sentencias- "se desprende que no existe entonces discrepancia o conflicto entre la norma nacional, el art. 51 y la Directiva 98/59 CE, pues ambas normas alcanzan el mismo resultado para la calificación del despido colectivo ".

Ciertamente, ambas sentencias acabarán incluyendo en el cómputo de las extinciones -a efectos de determinar el carácter colectivo del despido- a las derivadas de la finalización de contratos temporales cuestionados, pero ello será sólo por cuanto "la naturaleza de los mismos, por haberse realizado en fraude de ley, no era temporal sino indefinida" (STS 3.7.12 , FJ 4º) o, más explícitamente, por cuanto "la motivación de los ceses no fue la supuesta conclusión de la obra o servicio, sino el sustrato productivo/organizativo (STS 8.7.12 , FJ 6-3). Pero sigue subyacendo en los razonamientos de ambas sentencias una concepción del elemento "causal" del despido colectivo mucho más restringida -por inclusión, limitada a las "causas objetivas empresariales"- que la que deriva de la Directiva, que se amplía a todas las extinciones contractuales no inherentes a la persona del trabajador.

Así, para dejar bien claro que con esta inclusión no modifica el criterio de la exigencia causal en el despido colectivo, en la STS 8.7,12, explícitamente se razona que la misma "es absolutamente compatible con la tradicional doctrinal de esta Sala, respecto de que "... para la existencia de un despido colectivo no basta, en forma alguna, con el hecho de que varios trabajadores hayan sido despedidos al mismo tiempo, aunque el número de esos trabajadores supere, incluso con holgura, los topes que fija el art. 51-1 del ET , sino que además es absolutamente preciso que esos cese sean debidos a alguna causa económica, técnicas organizativa o de producción» (SSTS 22/01/08 20/02/08 26/02/08 14/05/08 y 30/09/08).

8.- Esta concepto intensamente "causal" de despido colectivo y de las extinciones computables para el mismo según el expuesto criterio del Tribunal Supremo español- sólo permite computar, a efectos del cálculo numérico, los despidos por "causas empresariales" (económicas, técnicas, organizativas y de producción), y -gracias a regla de "asimilación" y a la evolución doctrinal del Tribunal Supremo expresada en sus sentencias de 3 y 8 de julio de 2012 - las extinciones de contratos temporales, pero solamente cuando las mismas sean declaradas judicialmente en fraude de ley.

Por consiguiente, excluye manifiestamente de dicho cómputo a las extinciones de contratos temporales "regulares", esto es, no declaradas judicialmente en fraude de ley, basándose en la regla de "asimilación" del art. 51.1 ET , penúltimo párrafo, que si bien reproduce literalmente la regla de asimilación comunitaria contenida en el art. 1.1.b) -al incluir en el cómputo otras extinciones "por iniciativa del empresario en virtud de otros motivos no inherentes a la personal del trabajador- incorpora una importante añadido a continuación, al especificar que dichos motivos computables deben ser "distintos de los previstos en el art. 49.Le) de esta Ley ", en explícita referencia a las extinciones en razón del carácter temporal de los contratos.

9.- Razona el Tribunal Supremo, en el fundamento jurídico 6º de su sentencia de 8 de julio de 2012 , que esta exclusión de las extinciones derivadas del carácter temporal de los contratos es plenamente congruente con lo previsto en el art. 2.a) de la Directiva 98/59 , cuando dispone que la misma no se aplicará "a los despidos colectivos efectuados en el marco de contratos de trabajo celebrados por una duración o por una tarea determinadas, salvo si estos despidos tienen lugar antes de la finalización o del cumplimiento de estos contratos, equiparando ambas exclusiones:

"Pese a que parece resultar obvia la consideración, en todo caso ha de destacarse la inaplicabilidad en el referido cómputo - para el caso de autos- de la excepción establecida para los contratos temporales contratados para obra o servicio cumplidos o finalizados a término [arts. 51.1 ET y 1.5 Directiva 98/59], pues está claro que entre ellos no pueden comprenderse los que tan sólo ostenten esa temporalidad con carácter formal -en el contrato- y que por fraudulentos han de considerarse determinantes de relación laboral".indefinida. Como tampoco lo estarían -comprendidos en la excepción- aquellos en los que la finalización de la obra o servicio no estuviere acreditada y únicamente fuese formal justificación del cese. "

10.- Pero, y ahí aparece la duda interpretativa -que justifica el planteamiento de la tercera cuestión, este magistrado no puede compartir tal equiparación, por cuanto el tenor literal de la regla de inaplicación contenida en el art. 1.2.a) de la Directiva se restringe "a los despidos colectivos efectuadas en el marco de contratos de trabajo celebrados por una duración o para una tarea determinadas, salvo si estos despidos tienen lugar antes de la finalización o del cumplimientos de estos contratos ".

Y esta exclusión deberá interpretarse restrictivamente ya que -como se razona en la STJUE de 15.2.07, apartado 33 (C-270/05)- "la norma establecida en el artículo 1, apartado 1, letra a), de la Directiva..., debe

considerarse que los cuatro casos de no aplicación de la referida Directiva, citados en el artículo 1, apartado 2, de ésta, se enumeran de manera limitativa y exhaustiva. Además, por tratarse de excepciones a dicha norma, deben interpretarse de forma estricta (véase, en este sentido, la sentencia de 17 de diciembre de 1998 [TJCE 1998, 322], Lauge y otros, C-250/97 , Rec p. I-8737, apartado 19"

Por ello, y dado el tenor literal de la regla de exclusión, parece obvio que las únicas extinciones por temporalidad que quedarían fuera del cómputo -y del concepto comunitario de "despido colectivo"- serían aquellas cuantitativamente "colectivas" (aplicando los umbrales numéricos de la Directiva), que respondan al vencimiento de la duración concertada (contratos de temporada en la hostelería) o vinculado a una contrata o subcontrata.

Refuerza esta interpretación los propios términos de la exclusión: el hecho de que se excluya solamente a los despidos "colectivos", implica -en sentido contrario- que sí están incluidos los despidos "individuales" por causa de temporalidad. Y llama la atención que la exclusión los califique de "despidos" -con clara remisión al art. 1.1.a)- y no de "extinciones", que se integran por asimilación en virtud del art. 1.1.b)., de lo cual debe inferirse que su inclusión en el cómputo lo sería en concepto de "despido" y no de "extinción asimilada", sin necesidad -por consiguiente- de alcanzar un número mínimo de 5 -tal como dispone el art. 1.1.b)- para que sean computables.

Por el contrario, la exclusión del cómputo establecida en el artículo 51.1 ET , penúltimo párrafo, "por expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato", es mucho más amplia, pues afecta a todas las extinciones previstas en el art. 49.1c) ET , esto es, a las extinciones por temporalidad tanto "individuales" como "colectivas" -y no exclusivamente a las "colectivas", como en el art. 1.2. a) de la Directiva.

11.- Podría preguntarse que sentido tendría, en la tesis interpretativa que propone este magistrado, la inclusión en el cómputo del "despido colectivo" las extinciones individuales por causa de temporalidad y excluir las "colectivas".

La respuesta, a criterio de este magistrado, es muy sencilla y evidente: en los "despidos colectivos" por temporalidad contractual -excluidos de la Directiva por su art. 1.2.a)- la causa de la temporalidad que justifica la extinción es muy clara y evidente, derivada del carácter colectivo de la contratación y de la posterior extinción. Si un hotel de temporada en la Costa Brava española, por poner un ejemplo, abre el 1 de abril y cierra el 30 de septiembre, la temporalidad de la contratación y ulterior extinción colectiva de sus cincuenta empleados es obvia y evidente, y no precisa de ninguna tutela. Como tampoco la precizarán los 30 empleados -peones, albañiles, técnicos y encargados- contratados para realizar una obra de la construcción, terminada la cual, la extinción es lógica e inapelable.

Pero sí se justifica plenamente la tutela que supone la posible inclusión en un "despido colectivo" de las extinciones individuales por causa de temporalidad, causa asimismo "individualizada", cuyo control de justificación es mucho más difícil por parte del trabajador individual que no si resulta controlado por sus representantes laborales en el contexto de un despido colectivo.

En este punto, forzoso es recordar que, precisamente, una de las patologías más graves y singulares del denominado "mercado laboral" en España es, precisamente, el desmesurado porcentaje de contratos temporales, mucho mayor que en el resto de los Estados miembros de la Unión Europea (véase los informes anuales de la Comisión Europea al respecto), Y todos los analistas coinciden en que esta desmesurada tasa de temporalidad no responde a la realidad de la naturaleza temporal del trabajo que regulan muchos de dichos contratos, sino a la fraudulenta utilización de la contratación laboral, en la práctica, como cauce oculto de reestructuración empresarial, al margen del procedimiento de despido colectivo regulado en el art. 51 ET y en la Directiva 98/59.

Por ello, en la tesis interpretativa que se propone, la obligada inclusión de las extinciones derivadas de temporalidad en el concepto y/o cómputo de "despido colectivo", cuando proceda en aplicación del umbral numérico, resultaría plenamente coherente con la finalidad de la Directiva, en el apartado segundo de su preámbulo, de "reforzar la protección de los trabajadores... y de desarrollo económico y social equilibrado en la Comunidad", ya supondría un control por parte de los representantes sindicales y laborales de los trabajadores que -sin duda- redundaría en una más adecuada y reducida utilización de la contratación temporal, y en la reconducción al procedimiento de despido colectivo de aquellas reestructuraciones empresariales encubiertas (finalidad también perseguida por la Directiva 1999/70, sobre trabajo de duración determinada).

12.- Quede claro que con esta propuesta interpretativa en absoluto se sostiene que los trabajadores afectados por extinciones por causa de temporalidad (en base al art. 49.1. c) ET) que -por superarse el umbral numérico- queden integrados en un "despido colectivo" tengan los mismos derechos que los que otorga el art. 51 ET a los despedidos por causas "empresariales" (económicas, técnicas, organizativas y productivas), No se pretende ni que tengan derecho a una indemnización de 20 días por año (sino sólo a la de 12 días por año que contempla el art. 49 ET), ni que puedan impugnar judicialmente su extinción contractual en base a la misma exigencia "causal" (aunque sí respecto a la realidad y legalidad de la causa de temporalidad, posibilidad ya existente).

Lo único que comportaría dicha tesis interpretativa es que los trabajadores afectados por dichas extinciones individuales (no "despidos colectivos") por causa de temporalidad, al quedar integrados -de darse el factor cuantitativo- en el "despido colectivo", quedarían beneficiados y protegidos estrictamente por la "tutela comunitaria" que deriva de la Directiva 98/59; esto es, por las obligaciones de información, consulta y comunicación a sus representantes, establecidas en el art. 2 de la Directiva para todo "proyecto de despido colectivo" con sus representantes, en orden a "las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos, de atenuar sus consecuencias...", " y de " proporcionarles toda la información pertinente... ". Y sus representantes sindicales o laborales, más protegidos legalmente y con mayor información, podrán ejercer una más eficaz labora de control respecto a la realidad y entidad de la causa de temporalidad en la contratación y posterior extinción.

Y. por otra parte, se provocaría un segundo efecto favorable, que es el relevante en el presente litigio, como es la ampliación del ámbito de aplicación de "despidos" o "extinciones" computables para la determinación del posible carácter colectivo del despido, finalidad también perseguida por la Directiva. Se corregiría con ello otro dato estadístico público como es la menor utilización del procedimiento de despido colectivo en España, derivado -sin duda- de la desmesurada tasa de contratación temporal y de su utilización como cauce oculto de regulación de la plantilla.

13.- En el presente caso, de validarse la tesis interpretativa que se propone, a la luz de los hechos declarados probados en el presente litigio, las cinco extinciones derivadas del carácter temporal de los contratos producidas en octubre y noviembre de 2012, al ser individual su causa de contratación y de extinción, sí deberían añadirse al cómputo de los 13 despidos producidos por causas económicas y organizativas el 20.12.12 (el del demandante, entre ellos), determinando, con ello, un total de 18 extinciones en el umbral temporal de 90 días previos a tal fecha, excediendo con ello del 10% del número de trabajadores de la empresa durante dicho período (que ha variado de 166 a 161), comportando -por consiguiente- que el despido del demandante deba considerarse integrado en un despido colectivo, aún partiendo del concepto "empresa" en su conjunto como ámbito de referencia. Tal conclusión, a su vez, abocaría a la estimación de la demanda, con declaración de nulidad del despido impugnado, tal como dispone el art. 122 de la Ley 36/11 Reguladora de la Jurisdicción Social para cuando se elude el procedimiento colectivo en los despidos.

VIII- CUARTA CUESTIÓN QUE SE FORMULA.

1. Cuestión que se formula.

IV.- ¿Admite el concepto de "centro de trabajo", como "concepto de Derecho Comunitario" esencial para la definición de lo que deba entenderse como "despido colectivo" en el contexto del art. 1.1 de la Directiva 98/59 y dado el carácter de norma mínima de la misma establecido en su art. 5, una interpretación que permita que la norma de trasposición o traslación a la normativa interna del Estado Miembro, el art. 51.1 del Estatuto de los Trabajadores en el caso de España, refiera el ámbito del cómputo del umbral numérico, exclusivamente, al conjunto de la "empresa", con exclusión de aquellas situaciones en las que -de haberse acogido el "centro de trabajo" como unidad de referencia- habrían superado el umbral numérico establecido en dicho precepto?

2.- Razones que fundamentan el planteamiento de esta cuarta cuestión.

1.- Se explícita en la comunicación notificada al demandante que su "despido individual" - junto al de otros 12 empleados en la misma fecha, todos ellos individuales y "por razones económicas, productivas y organizativas"- se debe a la decisión empresarial de "acometer el cierre del Centro de Operaciones de Barcelona en el que Ud presta servicios como Oficial de Impresión Digital nº 9, centro de capacidad productiva muy baja respecto a la del Centro de Operaciones de Madrid, en el que se asumirá toda la producción existente a la fecha...", cierre del centro de trabajo de Barcelona en el que, en el momento del despido, 20,12,12, constaban 16 empleados.

Se plantea en la demanda como primer motivo de impugnación del despido que "dado que el cierre del centro de trabajo implica la extinción de 16 relaciones laborales directas...podría entenderse como despido colectivo si se asimila el cierre del centro de trabajo y despido de toda su plantilla a cierre empresarial", invocando explícitamente, a continuación, "/a Directiva 98/59 CE en la que en su punto 1a)j, relativa a los despidos colectivos...habla del número de trabajadores que son despedidos en los "centros de trabajo ".....

2,- La empresa demandada ha opuesto a este primer motivo de impugnación la doctrina sentada por en la sentencia del Tribunal Supremo de 18.3.09 (RCUD 1878/08) que, ciertamente, dejó sentado -unificando la doctrina anterior- que la unidad a efectos de cómputo recogida en el art. 51 del Estatuto de los Trabajadores debe entenderse referida a la empresa en su conjunto y no a un centro de trabajo. En síntesis las razones de dicha sentencia para llegar a tal conclusión, expuestas en el fundamento jurídico segundo, son:

- Afirma, en primer lugar, que "el artículo 51.1 del Estatuto de los Trabajadores se refiere de forma inequívoca a la empresa como anidad para el cómputo de los trabajadores afectados, a los efectos de determinar la dimensión colectiva del despido, configurando a la empresa como marco organizativo en el que ha de contabilizarse la plantilla; unidad de cómputo que cumple mejor la función de garantía, como ha señalado la práctica totalidad de la doctrina científica".

- Razona también que "la STJCE de 7 de diciembre de 1995 (asunto 449/1993), al interpretar el artículo 1 de la Directiva 75/129/CEE del Consejo de 17 de febrero de 1975 , afirma la noción comunitaria de centro de trabajo, por que habrá de entenderse "según las circunstancias, la unidad a la que los trabajadores afectados por el despido están vinculados en le ejercicio de sus funciones", matizando "que estamos ante una noción de derecho comunitario cuya traducción en cada versión lingüística nacional incorpora nociones diferentes (centro de trabajo en sentido estricto, pero también la noción de "empresa" o de "unidad local"); y de ahí que la noción debe interpretarse "según las circunstancias", por lo que como ha señalado la doctrina científica la misma noción comunitaria admite un tratamiento flexible de la misma".

- Añade que "El objetivo de la Directiva, según paladinamente proclama su preámbulo, es "la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre despidos colectivos", por la vía del progreso", a fin de "reforzar la protección de los trabajadores" por lo que en el artículo 5 de la misma establece, que "la presente Directiva no afectará a la facultad de los Estados miembros de aplicar o de introducir disposiciones legales, reglamentarias o administrativas más favorables para los trabajadores o de permitir o de fomentar la aplicación de disposiciones convencionales más favorables para los trabajadores". Es decir, la Directiva tiene el carácter de norma mínima mejorable por las legislaciones y normas nacionales a favor de los trabajadores, "

- Y concluye: "Pues bien, esto es, precisamente, lo que lleva a cabo nuestra norma nacional, que -como dice la sentencia recurrida y destaca el Ministerio Fiscal en su preceptivo informe- establece una regulación procedimental más favorable para los trabajadores, no sólo con respecto a la unidad de referencia física (empresa y no centro de trabajo) para el cómputo de trabajadores afectados, sino también exigiendo a la empresa la justificación de la causa extintiva y la necesidad de la previa autorización administrativa para proceder al despido colectivo (requisitos éstos que no establece la norma comunitaria). "

3,- Centrándose el primer punto de debate del presente litigio en esta específica cuestión, considera este magistrado que, en razón de cómo deba ser interpretado el carácter de norma mínima de la Directiva 98/59 y el concepto de Derecho comunitario "centro de trabajo" en la misma, la expuesta conclusión a la que llegó el Tribunal Supremo hace ya cuatro años -la adecuación del concepto "empresa" en el art. 51 ET en trasposición del concepto "centro de trabajo" del art. 1.1 la Directiva 98/59 , y el carácter más favorable de la norma española- pudiera no ser válida en la actualidad. Y ello por las razones que se exponen a continuación.

4.- En primer lugar, y en contra de lo que se afirma en la sentencia del Tribunal Supremo de 18.3.09 (segundo fundamento jurídico, razonamiento c), este magistrado no comparte que la noción de "centro de trabajo" en la Directiva 98/59 "debe interpretarse "según las circunstancias", por lo que como ha señalado la doctrina científica la misma noción comunitaria admite un tratamiento flexible de la misma".

En efecto, el TJCE, en las sentencias dictadas en los asuntos "Comisión/Reino Unido, C-383/92 " y "Comisión/Portugal, C- 55/02", establece, en primer lugar, que la Directiva 98/59 ha querido garantizar una protección comparable de los derechos de los trabajadores en los diferentes Estados miembros en los casos de despidos colectivos y equiparar las cargas que estas normas de protección suponen para las empresas de la Comunidad, así como establecer una protección mínima en materia de información y consulta de los trabajadores en caso de despidos colectivos, aunque los Estados miembros podrán adoptar medidas nacionales más favorables para los referidos trabajadores.

Debe añadirse, a continuación, que -según también ha reiterado la jurisprudencia del TJUE los umbrales previstos en el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 98/59 constituyen precisamente esas disposiciones mínimas que los Estados miembros únicamente podrán derogar mediante disposiciones más favorables para los trabajadores. Por consiguiente, una normativa nacional que obstaculiza la protección garantizada, de manera incondicional, a los trabajadores por una Directiva es contraria al Derecho comunitario (sentencia Comisión/Reino Unido, antes citada, apartado 21).

En razón de ello, la Directiva 98/59 no puede interpretarse en el sentido de que los modos de cálculo de dichos umbrales y, por lo tanto, los propios umbrales, están a disposición de los Estados miembros, de modo que una interpretación en este sentido les permitiría a éstos alterar el ámbito de aplicación de la referida Directiva y privarla, de este modo, de su plena eficacia.

5.- Más concretamente, el análisis de la jurisprudencia comunitaria sobre el concepto "centro de trabajo" para la definición del "despido colectivo" en la Directiva 98/59 permite concluir que, ya desde la sentencia "Rockfon" de 7.12.95, en su apartado 25, el TJCE entendió que "el concepto de "centro de trabajo", a efectos de la Directiva, constituye un concepto de Derecho comunitario y no puede definirse por referencia a las legislaciones de los Estados miembros", criterio mantenido en la sentencia de 12.10.04 (Comisión/Portugal), cuando en su apartado 49, se razona que "no puede definirse el concepto de "despido», a que se refiere el artículo 1, apartado 1, letra a), de la Directiva, mediante una remisión a las legislaciones de los Estados miembros, sino que tiene un alcance comunitario". Y se reitera el mismo criterio en la la STJUE de 15.2.07 (asunto Chartopoiia), razona lo siguiente:

"A este respecto debe señalarse que, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el concepto de "centro de trabajo», que no aparece definido en dicha Directiva, constituye un concepto de Derecho comunitario y no puede definirse por referencia a las legislaciones de los Estados miembros (sentencia de 7 de diciembre de 1995, Rockfon, C-449/93 , Rec p. I-4291, apartados 23 y 25). Por tanto, debe ser objeto de una interpretación autónoma y uniforme en el ordenamiento jurídico comunitario.

Se justifica esta consideración como "concepto de Derecho comunitario", en el apartado 48 de la misma sentencia de (2.10.04 (Comisión/Portugal), por cuanto "al armonizar las normas aplicables a los despidos colectivos, el legislador comunitario ha querido, a la vez, garantizar una protección comparable de los derechos de los trabajadores en los diferentes Estados miembros y equiparar las cargas que estas normas de protección suponen para las empresas de la Comunidad".

6.- Tampoco comparte este magistrado -por lo que ya se ha razonado anteriormente, en relación a las tres primeras cuestiones- la conclusión del Tribunal Supremo en su sentencia de 18.3.09 conforme "nuestra norma nacional... establece una regulación procedimental más favorable para los trabajadores, no sólo con respecto a la unidad de referencia física (empresa y no centro de trabajo) para el cómputo de trabajadores afectados, sino también exigiendo a la empresa la justificación de la causa extintiva y la necesidad de la previa autorización administrativa para proceder al despido colectivo (requisitos éstos que no establece la norma comunitaria), "

En tal sentido, resulta discutible 1.a afirmación conforme la referencia del art. 51.1 ET "a la unidad de referencia física (empresa y no centro de trabajo) para el cómputo de trabajadores afectados" es más favorable, por cuanto, aún admitiendo que dicha dicha unidad de referencia -la empresa- pudiera determinar, estadísticamente, la inclusión de mayor número de supuestos que no partiendo exclusivamente del concepto "centro de trabajo", ello no podría -en ningún caso- justificar la exclusión, del ámbito de protección de aquellos supuestos -como en el presente caso o el contemplado en aquella sentencia por el Tribunal Supremo- en que ello no es así, resultando con ello la exclusión de la consideración como "despido colectivo" de situaciones que sí habrían quedado incluidas si se hubiera aplicado el concepto comunitario de "centro de trabajo".

De hecho, en la propia sentencia de 18.3.09 el Tribunal Supremo advierte esta circunstancia cuando concluye que "Todo lo razonado no implica que la Sala no advierta a los efectos de determinar la dimensión colectiva del despido -y aún siendo la comparación extremadamente complicada, habida cuenta que a la problemática de la unidad de cómputo (empresa o centro de trabajo) se añade el distinto criterio en cuanto a la relación cuantitativa entre las extinciones y la plantilla de la empresa en un período de tiempo determinado-, la posibilidad de que la aplicación de la Directiva en algún hipotético supuesto, pudiera determinar un efecto no menos favorable que la norma nacional, circunstancia que, en cualquier caso, no enerva lo ya señalado con respecto a que la función de garantía y protección de los trabajadores en caso de despidos colectivos -a la que se refiere la propia norma comunitaria- la cumple mejor nuestra norma de derecho interno. "

Justifica, pues, el Tribunal Supremo la exclusión del ámbito de protección que puede darse en determinados supuestos -que en modo alguno son "hipotéticos", sino reales como el presente o el analizado en aquella sentencia- por la mayor protección y garantía que depararía la norma nacional, el art. 51.1. ET , en referencia a la exigencia de la justificación de la medida y de autorización administrativa.

Pero son razones que este magistrado tampoco no puede compartir, y menos a la luz del actual redactado del art. 51.1 ET en el que, como ya se ha razonado anteriormente y a raíz de Ley 3/12, se ha suprimido la previa autorización administrativa y el análisis de "las causas motivadoras del expediente" (en la versión del antiguo 51.4 ET) como primer objeto del período de consultas, que ahora queda limitado "a las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias..."). Con ello han desaparecido, precisamente, las dos razones en las que se fundamentaba la STS 18.3.09 para concluir que la norma nacional era más favorable que la directiva.

Y en todo caso, aún cuando se valorara que la norma nacional -el art. 51.1 ET , en su actual redactado- sigue conteniendo algún aspecto más favorable que la "norma mínima" que supone la Directiva 98/59, en ningún caso ello podría justificar o compensar la exclusión de determinados supuestos -como el contemplado en el presente litigio- del ámbito de la mayor tutela que, incuestionablemente, deriva de la consideración como "despido colectivo". En otras palabras, de nada le sirve al demandante la mayor protección de la norma nacional para el despido colectivo, si la misma norma -al partir del concepto estricto y excluyente de "empresa" en vez de "centro de trabajo"- le excluye de dicha tutela.

Ciertamente, dispone la Directiva 98/58, en su artículo 5 , que la misma "no afectará a la facultad de los Estados miembros de aplicar o de introducir disposiciones legales, reglamentarias o administrativas más favorables para los trabajadores", pero este carácter de norma mínima sólo debiera permitir que la norma nacional amplíe al ámbito de las situaciones que deban ser consideradas como "despido colectivo", pero sin que dicha ampliación pueda suponer una exclusión de supuestos que sí estarían incluidos aplicando el concepto comunitario de "centro de trabajo".

7.- En definitiva, la reducción o alteración del concepto "centro de trabajo" al concepto "empresa" supone, en determinadas empresas (según su estructuración en centros de trabajos) la exclusión del ámbito de protección que -incuestionablemente- supone la consideración del despido como colectivo. En el presente caso, si la referencia a la afectación mínima de 10 trabajadores -coincidente en el art. 1. a) de la Directiva 98/59 y en el art. 51.1.a) de 1 Estatuto de los Trabajadores - se entendiere referida al "centro de trabajo", la extinción del contrato de trabajo del demandante, y sus 12 compañeros despedidos en la misma fecha por el mismo procedimiento individual- debiera haberse instrumentado mediante un despido colectivo.

Se refuerza esta conclusión si se tiene en cuenta que, además, el despido se produce por causa de la decisión empresarial - explicitada en la carta de despido- de cerrar el centro de trabajo de Barcelona, situación que la norma interna - art. 51.1 ET , 7º párrafo- contempla también como tributaria de un despido colectivo, aunque referida al cierre de la "empresa" "la extinción de los contratos de trabajo que afecten a la totalidad de la plantilla de la empresa, siempre que el número de trabajadores afectados sea superior a cinco, cuando aquél se produzca como consecuencia de la cesación total de su actividad empresarial fundada en las mismas causas anteriormente señaladas ".

Restricción al ámbito estrictamente de "empresa" que resulta contraria a la doctrina establecida en la STJUE de 15.2.07 (asunto Chartopoiia), que en su apartado 33 razona "que en todos los casos de despidos colectivos resultantes del cese de las actividades de un centro de trabajo, aun cuando tal cese se produjera en virtud de una decisión judicial, el empresario tenía la obligación de informar y consultar a los trabajadores. ",

8.- Por ello y a manera de conclusión, la única manera de salvar esta manifiesta inadecuación sería, y esta es la cuestión interpretativa que se plantea, interpretar que el concepto de derecho comunitario "centro de trabajo", en relación al ámbito mínimo de consideración del "despido colectivo" definido en el artículo 1.1 de la Directiva 98/59 , debe quedar necesariamente integrado en la norma de traslación o trasposición al ordenamiento interno, sin perjuicio de la posibilidad de ampliar el ámbito de protección a la "empresa" en su conjunto, cuando ello resulte más favorable. En otras palabras, en el caso español, comportaría que las reglas de cálculo establecidas en el art. 51.1 del Estatuto de los Trabajadores debieran ser aplicadas, alternativamente, a la "empresa" en su conjunto o al "centro de trabajo" afectado por el despido, acogiendo el criterio que favorezca o posibilite la consideración del despido como colectivo, en cumplimiento del carácter de norma mínima de la Directiva 98/59 consagrado en su art. 5 º.

IX.- JUSTIFICACIÓN DE LA APLICACIÓN DEL PROCEDIMIENTO PREJUDICIAL ACCELERADO.

De conformidad a lo que prevé el art. 105 y ss del Reglamento del TJUE , considera este magistrado que, dado el carácter urgente que la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social confiere a la impugnación de los despidos y el coste para la empresa demandada que comportaría una hipotética sentencia declarativa de la nulidad del despido (al comportar el abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido, sin posibilidad de resarcimiento), se justifica plenamente la aplicación del procedimiento prejudicial acelerado.

Por todo lo expuesto y razonado, de conformidad a lo dispuesto en el art. 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y en el artículo 93 y siguientes del Reglamento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ,

ACUERDO

1.- Formular ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea petición de decisión prejudicial respecto a las siguientes cuestiones:

I.- ¿El concepto de "despido colectivo" establecido en el art. 1, apartado 1 a) de la Directiva 98/59 , al comprender en su ámbito a todos "los despidos efectuados por un empresario, por uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores", según el umbral numérico que se establece, debe ser interpretado -dado su alcance comunitario- en el sentido que impide o se opone a que la norma de traslación o trasposición nacional restrinja el ámbito del mismo a solamente determinado tipo de extinciones, las que respondan a causas "económicas, técnicas, organizativas o productivas", como hace el artículo 51.1 del Estatuto de los Trabajadores ?.

IIª- A efectos del cálculo del número de despidos computables en orden a determinar la posible concurrencia del "despido colectivo" en los términos definidos en el artículo 1.1, de la Directiva 98/59 , ya sea como "despido efectuado por un empresario" (en su apartado a), ya sea como "extinción del contrato de trabajo producidos por iniciativa del empresario en base a uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores, siempre y cuando los despidos sean al menos 5" (en su apartado b), ¿deben computarse las extinciones individuales por finalización del contrato de duración determinada (por tiempo, obra o servicio convenido) como las contempladas en el artículo 49.1 c) del Estatuto de los Trabajadores ?

IIIª.- El concepto "despidos colectivos efectuados en el marco de contratos de trabajo celebrados por una duración o para una tarea determinadas", en orden a la regla de inaplicación de la Directiva 98/59 establecido en su art. 2 a), ¿se define exclusivamente por el criterio estrictamente cuantitativo del art, 1 a) , o, requiere, además, que la causa de la extinción colectiva derive de un mismo marco de contratación colectiva por un misma duración, servicio u obra?

IVª,- ¿Admite el concepto de "centro de trabajo", como "concepto de Derecho Comunitario" esencial para la definición de lo que deba entenderse como "despido colectivo" en el contexto del art. 1.1 de la Directiva 98/59 y dado el carácter de norma mínima de la misma establecido en su art. 5, una interpretación que permita que la norma de trasposición o traslación a la normativa interna del Estado Miembro, el art. 51.1 del Estatuto de los Trabajadores en el caso de España, refiera el ámbito del cómputo del umbral numérico, exclusivamente, al conjunto de la "empresa", con exclusión de aquellas situaciones en las que -de haberse acogido el "centro de trabajo" como unidad de referencia- habrían superado el umbral numérico establecido en dicho precepto?

2.- Solicitar la aplicación del procedimiento acelerado regulado en los artículos 105 y siguientes del Reglamento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea a la presente petición de decisión prejudicial.

3.- Suspender las presentes actuaciones a la espera de la resolución de la petición de decisión prejudicial.

Así lo acuerdo, mando y firmo.

El Magistrado juez