

**TRIBUNAL SUPREMO**

Sentencia de 20 de septiembre de 2013

Sala de lo Social

Rec. n.º 11/2013

**SUMARIO:**

*Despido colectivo. Periodo de consultas que finaliza sin acuerdo al que sigue convocatoria de huelga por el Comité intercentros. Respuesta de la empresa consistente en la clausura definitiva de los centros de trabajo elevando así, muy sensiblemente, el número de trabajadores despedidos fijado en el inicial periodo de consultas. Esta conducta de la empleadora vulnera el derecho de huelga, puesto que desde la fecha del primer periodo de consultas a la fecha de comunicación a la autoridad laboral del cierre definitivo de dichos centros, no constan variaciones significativas en la situación económica y productiva de la empresa. No cabe, de acuerdo con las previsiones de la Ley, una actuación en el periodo de consultas conducente, no a la evitación o reducción, sino a la elevación del número de trabajadores despedidos. La nulidad consiguiente a la declaración de huelga no afecta retroactivamente a los despidos anunciados en el inicial período de consultas, sino al acuerdo empresarial de ampliar la decisión extintiva colectiva a los restantes puestos de trabajo de los centros afectados. El ámbito de cognición de la acción de impugnación del despido colectivo atribuida a los representantes de los trabajadores en el art. 124.1 de la LRJS no se extiende a las supuestas o reales vulneraciones de derechos fundamentales en que pudiera incurrir el empresario en los actos singulares de extinción de los contratos de trabajo subsiguientes a la decisión de despido colectivo o decisión extintiva colectiva. Tales impugnaciones de los actos singulares de despido tienen abierta la vía procesal ante los Juzgados de lo Social del actual art. 124.13 de la LRJS. Sala General. Voto particular.*

**PRECEPTOS:**

Ley 36/2011 (LRJS), arts. 124.1, 2 y 13 y 181.2.

RDLeg. 1/1995 (TRET), art. 51.

**PONENTE:**

*Don Antonio Martín Valverde.*

**SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a veinte de Septiembre de dos mil trece.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud del recurso de casación interpuesto por la empresa "CELSA ATLANTIC, S.L.", representada y defendida por el Letrado Don Marc Carrera Domènech, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior Justicia del País Vasco, de fecha 9 de octubre de 2012 (autos n.º 13/2012 ), recaída en proceso seguido a instancia de la CONFEDERACIÓN SINDICAL "EUZKO LANGILLEEN ALKARTASUNA (SOLIDARIDAD DE TRABAJADORES VASCOS)" (E.L.A./S.T.V.) y el COMITÉ INTERCENTROS DE LA EMPRESA "CELSA ATLANTIC, S.L.", habiendo sido parte el MINISTERIO FISCAL contra la citada empresa sobre DEMANDA DE IMPUGNACIÓN DE DESPIDO COLECTIVO.

Ha comparecido ante esta Sala en concepto de recurrido la CONFEDERACIÓN SINDICAL "EUZKO LANGILLEEN ALKARTASUNA (SOLIDARIDAD DE TRABAJADORES VASCOS)" (E.L.A./S.T.V.) y el COMITÉ INTERCENTROS DE LA EMPRESA "CELSA ATLANTIC, S.L.", representados y defendidos por el Letrado Don Óscar Urretxo Fernández de Betoño.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Antonio Martín Valverde,

**ANTECEDENTES DE HECHO****Primero.**

El Letrado Don Óscar Urretxo Fernández de Betoño, en nombre y representación de la Confederación Sindical "Euzko Langilleen Alkartasuna (Solidaridad de Trabajadores Vascos)" (E.L.A./S.T.V.) formuló demanda

ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, sobre demanda de impugnación de despido colectivo, en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminaba suplicando se dicte sentencia por la que: " se declare la nulidad de la decisión extintiva colectiva o subsidiariamente no ajustada a derecho ".

### **Segundo.**

Admitida a trámite la demanda de impugnación de despido colectivo, se celebró el acto del juicio en el que la parte actora se afirmó y ratificó en la demanda, oponiéndose la demandada, según consta en acta. Recibido el juicio a prueba, se practicaron las propuestas por las partes y declaradas pertinentes.

### **Tercero.**

Con fecha 9 de octubre de 2012 se dictó sentencia por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en la que consta el siguiente fallo: "Que desestimamos las excepciones de falta de legitimación activa del Comité de Empresa Intercentros y del Sindicato ELA y que estimamos la demanda dirigida por el citado Comité Intercentros y el Sindicato ELA contra la empresa 'Celsa Atlantic, S.A.', en reclamación sobre despido colectivo, declarando la nulidad del despido colectivo impugnado por vulnerar los derechos fundamentales de huelga y libertad sindical y condenando a la empresa demandada a estar y pasar por esta declaración".

### **Cuarto.**

En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: "Primero- La empresa 'Celsa Atlantic, S.L.' forma parte del Grupo 'Celsa España' y consolida sus cuentas con 'Barna Steel, S.A.'. La empresa se dedica a la fabricación y comercialización de fleje laminado en caliente y de tubo de acero conformado en frío y caliente y cuenta con dos centros de trabajo en Araba: uno en Vitoria-Gasteiz y el otro en Urbina (estos dos centros constituían, con anterioridad, la empresa 'Laminaciones Arregui'), así como un centro en Laracha (A Coruña) y otro en Orense. En el centro de trabajo de Vitoria-Gasteiz la plantilla trabajadora es de 301 personas y en el de Urbina es de 57. Segundo- La representación unitaria de la plantilla de los dos centros de trabajo referidos es la siguiente: un Comité de Empresa en el centro de Vitoria-Gasteiz, integrado por 13 miembros; un Comité de Empresa en el centro de Urbina, integrado por 5 miembros. Además, existe un Comité Intercentros cuya composición es la siguiente: 6 miembros de UGT, 4 miembros de ELA, 1 de LAB, 1 de ESK y 1 de CCOO. El Sindicato ELA no tiene representación en el Comité de Empresa del centro de trabajo de Urbina. Tercero- La empresa 'Celsa Atlantic, S.L.' ha tramitado en su reciente historia cinco Expedientes de Regulación de Empleo: los tres primeros de suspensión de contratos y el último, que es el que se analiza en el presente litigio, de extinción de la totalidad de los contratos y consiguiente cierre de las plantas de Vitoria-Gasteiz y Urbina. Los cuatro primeros expedientes lo fueron por causas productivas, en tanto que el último lo ha sido por causas económicas. El historial de estos Expedientes es, par los tres primeros, resumidamente, el siguiente: a) el 27 de abril de 2009 la empresa solicitó la suspensión de contratos de 358 personas de las 385 que entonces componían su plantilla y para un período de 12 meses. Este Expediente finalizó sin acuerdo entre las partes y fue aprobado por la Autoridad Laboral de manera parcial, admitiéndose la suspensión de contratos sólo para la sección de fleje y por un período máximo de 70 días dentro del período comprendido entre el 1 de junio y el 31 de diciembre de 2009. b) el 30 de octubre de 2009 la empresa inició nuevo ERE de suspensión, alcanzando acuerdo con la parte social y siendo autorizado por la Autoridad Laboral., para la suspensión de contratos hasta un máximo de 90 días por cada persona trabajadora, en el período del 1 de enero al 31 de diciembre de 2010 y afectando a toda la plantilla. c) el 4 de enero de 2011 se inició por la empresa nuevo ERE para suspender contratos de trabajo por número variable de días en función de la sección de que se tratara en el período de febrero a julio de 2011 y afectando a los contratos de 340 de las 360 personas que entonces formaban su plantilla: el periodo de consultas finalizó sin acuerdo y la autoridad laboral denegó la autorización por entender innecesaria la medida de suspensión de contratos a los efectos de adaptar la mano de obra al descenso productivo experimentado y entendiendo que la empresa tenía la opción de reorganizar sus recursos aplicando el excedente de mano de obra de las secciones de tubo a las de fleje mediante los ajustes oportunos a través de las medidas previstas en los artículos 39 y 41 ET y 7.1 del Convenio Colectivo de empresa. Cuarto- El 20 de abril de 2012 la empresa Celsa Atlantic, S.L. comunicó al Comité Intercentros el inicio de un período de consultas de duración no superior a 15 días a los efectos de proceder a la adopción de diversas medidas: a) una modificación sustancial de las condiciones de trabajo al amparo del artículo 41.4 ET ; b) la inaplicación del Convenio Colectivo de empresa en los centros de Vitoria-Gasteiz y Urbina al amparo del artículo 82.3 ET La empresa adujo causas económicas que, resumidamente, pueden expresarse como sigue: operatividad de sus plantas por debajo del 80% de su capacidad nominal y pérdidas muy elevadas desde el cuarto trimestre de 2008, con consecuencias de falta de competitividad y rentabilidad negativa con alarmante degeneración de caja.

Las medidas propuestas fueron las siguientes: a) incremento de la jornada de trabajo hasta 1.824 horas anuales (228 días hábiles); b) reducción salarial del 30% afectando tanto a las retribuciones fijas como a las variables; c) amortización de 91 puestos de trabajo. Se celebraron tres reuniones entre la Dirección de la empresa y el Comité Intercentros, los días 20 y 26 de abril y 3 de mayo. En la reunión del 3 de mayo la empresa planteó líneas maestras definitivas: variabilizar el salario entre el 10% y el 20%, flexibilizar la jornada mediante un sistema de cuenta o bolsín de horas y la reestructuración mediante la extinción de 91 posiciones de trabajo. Quinto- El mismo día 3 de mayo el Comité Intercentros decidió convocar una huelga indefinida a partir del día 8 de mayo y así lo comunicó en esa misma fecha a la Delegación Territorial de Trabajo. El 6 de mayo se celebró Asamblea, que rechazó la propuesta de la empresa y secundó la convocatoria de huelga indefinida propuesta por el Comité. El día 8 de mayo comenzó la huelga. Ese mismo día la empresa dio por finalizado el período de consultas. Sexto- El 9 de mayo de 2012 la empresa Celsa Atlantic, S.L. remitió al Presidente del Comité Intercentros carta por medio de la que se le convocaba a una reunión a celebrar el día 15 de mayo con un único punto en su Orden del Día, a saber: Comunicación y entrega de la documentación relativa a la apertura del periodo oficial de consultas para la extinción de los contratos de trabajo de la totalidad de la plantilla de los centros de trabajo de Vitoria-Gasteiz y Urbina. En la Memoria explicativa del expediente la empresa alegaba razones productivas y económicas. Las razones productivas versaban sobre descenso de pedidos, ventas y facturación. Las razones económicas se explicaban en los siguientes términos: resultado neto de explotación negativo en el ejercicio 2011 (-49.119 euros a fecha de cierre provisional, sujeto a cien-e fiscal definitivo y revisión final en auditoría) y unas pérdidas acumuladas a fecha de 31 de marzo de 2012 de 79 millones de euros. En el marco de este período de consultas se han celebrado las siguientes reuniones con los contenidos que resumidamente se indican: a) el 15 de mayo, reunión entre la Dirección de la Empresa y el Comité Intercentros para el inicio del ERE de despido colectivo de la totalidad de la plantilla, en la que la empresa entregó la Memoria explicativa de la decisión planteada. b) el 23 de mayo, nueva reunión entre las mismas partes, en la que la representación de la plantilla solicitó información acerca de determinadas cuestiones como el pago de las indemnizaciones, a lo que la empresa no respondió, solicitó la retirada del expediente y planteó otras medidas alternativas. La empresa manifestó, en esencia, que había propuesto con anterioridad un plan de viabilidad y que no había sido aceptado, si bien propuso un plan alternativo. c) el 30 de mayo, nueva reunión entre la empresa y el Comité Intercentros, en la que cada central sindical representada expuso su postura acerca del plan alternativo propuesto por la empresa, posturas que fueron desde el rechazo absoluto a la aceptación de bajas voluntarias o con indemnización mejorada... La empresa solicitó al Comité un compromiso con este plan alternativo. d) el 12 de junio, nueva reunión en la que el Comité Intercentros planteó un plan alternativo a la propuesta empresarial de viabilidad a modo de 'documento de trabajo', encontrando la empresa 6 puntos en común y rechazando el resto. e) el 14 de junio, nueva y última reunión, en la que la empresa anuncia que con esa sesión finaliza el período de consultas, tal como indica la ley. Se discute en torno al plan de viabilidad alternativo partiendo de la última propuesta de la empresa y del documento de trabajo presentado por la parte social. El planteamiento de la empresa versa sobre: jornada, prima de producción o incentivo, reestructuración de plantilla para operar como máximo con 260 personas a tiempo completo con oferta de un Plan Social a los excedentes. La parte social plantea que las medidas de extinción de contratos tengan carácter voluntario, se hace una contraoferta sobre jornada, se pide compromiso de no aplicar el descuelgue de ninguna condición convencional y otras medidas referidas a permisos y licencias, prima de producción y salarios. El Comité plantea también seguir negociando entendiendo que la ley lo permite, manifiesta no estar acreditadas las causas de despido y subraya que no se ha hablado del expediente de cierre ni de la garantía de empleo y que es la primera reunión de negociación real. La empresa da por finalizado el período de consultas y se firma un Acta final sin acuerdo. Toda la negociación de este ERE de cierre de los centros de Vitoria-Gasteiz y Urbina se ha realizado entre la empresa y el Comité Intercentros, sin que conste la participación de la representación unitaria de cada uno de esos dos centros de trabajo. Fue la propia demandada la que dirigió a dicho Comité Intercentros el escrito de iniciación del período de consultas y el resto de comunicaciones. El día 18 de mayo la empresa comunicó a la Autoridad Laboral y al Comité Intercentros su decisión sobre el ERE iniciado el día 9 de mayo, consistente en el cierre de los dos centros de Vitoria-Gasteiz y Urbina y la extinción de los contratos de toda la plantilla, según un calendario estimado con finalización el 31 de diciembre de 2012. La decisión final de despido colectivo se adoptó con base en causas de naturaleza económica. Séptimo- La Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Araba mantuvo diversas reuniones con distintas partes interesadas en el ERE de referencia, a saber: a) el día 13 de junio con la representación del Sindicato ELA, en la que ésta puso de manifiesto diversas cuestiones: inexistencia de negociación en torno al ERE de extinción de los contratos de toda la plantilla, habiéndose abordado la negociación del Plan alternativo de viabilidad como continuación del presentado en abril; la mayor carga de trabajo en el año 2012 respecto del anterior; el muy bajo porcentaje que el coste social representa sobre el total de gastos de la empresa, por lo que entienden que las medidas a adaptar han de ser de otra índole; que la medida de cierre de los dos centros se ha planteado como medida de presión al Comité y a los trabajadores para forzarles a aceptar el plan de viabilidad empresarial. b) el día 20 de junio con la totalidad de las secciones sindicales componentes del Comité Intercentros, en la que se

abordó la propuesta de viabilidad de la empresa, única que se había tratado en el período de consultas según su opinión, diversas alternativas al Plan Social, inexistencia de causas productivas, posibilidad de que la empresa hubiera aplicado el incremento de jornada y el descuelgue salarial de modo unilateral la posibilidad de obtener un préstamo de 5 millones de euros ofrecido por el Gobierno Vasco para garantizar la viabilidad de la empresa, la falta de propuesta de otras medidas tendentes a solventar la situación económica de la empresa. c) el 25 de junio con la representación de la empresa, que sostuvo que no han presentado hasta ahora un ERE por causa económica porque las pérdidas no concurrían en el grupo empresarial en su conjunto; que no han optado por ninguna medida unilateral para evitar una situación de conflicto que habría empeorado la situación económica; que el préstamo ofrecido por el Gobierno Vasco estaba condicionado a ser aplicado en exclusiva en el centro de Nervacero (lo que luego fue desmentido por el Director de Desarrollo Industrial del Gobierno Vasco, D. Benito, en el curso de una reunión mantenida con la representación social el 4 de julio); que con el plan de despido de 91 trabajadores y reducción salarial del resto se pretendía un ahorro de 7 millones de euros y un ahorro de otros 7 millones más por el plan de viabilidad de la rama comercial y otro tanto en relación a la rama industrial Asimismo en dicha reunión con la ITSS la empresa manifestó que esa misma semana comenzarían a ejecutarse las extinciones y que lo único que podría paralizarlas sería la convocatoria, en un plazo de 72 horas, de una Asamblea por parte del Comité a efectos de someter la propuesta empresarial al voto directo de la plantilla, o bien una manifestación clara e inequívoca del Comité de aceptar dicho Plan y comenzar a negociar sobre las bases sentadas por la empresa. d) el 27 de junio nueva reunión con la parte social a la que se expone el contenido de la reunión habida con la empresa el día 25 de junio, constatándose discrepancias entre las distintas secciones sindicales. e) el 3 de julio el Comité Intercentros remitió a la ITSS Informe contrario al ERE de extinción de la totalidad de los contratos de trabajo de los centros de Vitoria-Gasteiz y Urbina, en nombre de las secciones sindicales de ELA, EAB, ESK y CCOO, si bien no constaban firmas y no se pudo constatar la adhesión al mismo de CCOO. Octavo- La empresa ha procedido a efectuar extinciones de contratos de trabajo al amparo de su decisión de despido colectivo de la totalidad de la plantilla de los centros de trabajo de Vitoria-Gasteiz y Urbina, según cartas enviadas a cada persona afectada, cartas todas ellas de idéntico tenor, en las que la empresa reseñaba las causas económicas que, en su opinión, justificaban el despido colectivo y que había ya expresado de manera más amplia en la Memoria explicativa entregada al inicio del ERE. Asimismo, se ponía a disposición de cada persona despedida la indemnización que legalmente le correspondía. Expresado de manera resumida, las causas alegadas por la empresa han sido las siguientes: resultados negativos de 'Celsa Atlantic, S.L.' desde el año 2009 (-258 millones de euros en el período acumulado, antes de impuestos; -145 millones de euros en términos de EBITDA); resultados de 'Celsa Atlantic, S.L.' para el primer trimestre de 2012 (incremento de ventas y resultado EIBTDA inferior en un 42%); resultados de 'Celsa Atlantic, S.L.' en los centros de trabajo de Vitoria-Gasteiz y Urbina (pérdidas acumuladas entre 2009 y el primer trimestre de 2012 de 79 millones de euros; EBITDA en el referido primer trimestre de 2012 de -6,5 millones de euros, esto es, 2 millones peor que el EBITDA acumulado para todo el ejercicio 2011); resultados del Grupo 'Celsa España' en el período entre 2009 y 2011 (pérdidas acumuladas de 752 millones de euros); resultados de Grupo 'Barna Steel' en el período entre 2009 y 2011 (pérdidas acumuladas de 70 millones de euros); EBITDA positivo en ambos casos; resultados del Grupo 'Celsa España' para el primer trimestre de 2012 (pérdidas de 42 millones de euros); resultados del Grupo 'Barna Steel' para el primer trimestre de 2012 (pérdidas de 37,5 millones de euros). Los despidos efectuados hasta la fecha del juicio oral son los siguientes: a) el día 25 de junio se despide a 33 personas trabajadoras, de las que 22 pertenecen al Sindicato ELA; b) el día 26 de junio se despide a 31 personas, de las que 21 pertenecen a ELA; c) el día 27 de junio son despedidas 27 personas, de las que 22 son de ELA; d) el día 30 de julio se despide a 10 personas, de las que 4 son de ELA; e) el día 2 de agosto son despedidas 21 personas, de las que 9 son afiliadas a ELA; f) el día 28 de agosto se despide a otras 23 personas, de las que 7 pertenecen a ELA; g) el día 31 de agosto son 16 las personas despedidas, de las que 8 pertenecen a ELA; h) el 6 de septiembre se despide a 13 personas más, de las que 4 son de ELA. No constan más extinciones de contratos hasta la fecha del juicio oral. Ello arroja un total de 178 extinciones, de las cuales 97 han sido de personas trabajadoras afiliadas a ELA. De esas 178 personas despedidas todas habían secundado la huelga iniciada el día 8 de mayo a excepción de 4 (entre ellas D. Everardo, miembro de la Dirección de la empresa). A la fecha del juicio oral permanecían en alta en la empresa 177 personas, de las que 37 continuaban secundando la huelga y 140 o bien la habían abandonado en el mes de julio o bien no la habían iniciado. Los despidos hasta ahora hechos efectivos están afectando a la producción normal de la empresa, pues se están produciendo en secciones relevantes, como la de corte, habiendo tenido la empresa que movilizar a trabajadores de otras secciones para cubrir esos puestos. Noveno- El día 9 de julio de 2012 se celebró Asamblea de trabajadores de los centros de trabajo de Vitoria-Gasteiz y Urbina, sin contar con la representación de la plantilla. La convocatoria se realizó por la empresa y fue organizada mediante notas de prensa, poniendo autobuses a disposición de la plantilla para acudir a la misma, servicio de seguridad privada, presencia de Notario y abogados. El Sindicato ELA no fue informado de esta convocatoria y tampoco participaron las 91 personas que habían sido despedidas ya antes de dicha fecha. En dicha Asamblea se puso a votación el Plan de viabilidad propuesto por la empresa, sin que conste su resultado. Décimo- A mediados del mes de julio, el

Sindicato UGT Euskadi decidió desvincularse de la huelga y negociar el Plan de viabilidad de la empresa. Los representantes de este Sindicato en el Comité de empresa no compartieron la decisión y dimitieron de sus cargos, incluido el Presidente, siendo sustituidos por otras personas. Undécimo- Entretanto, se han producido también otros acontecimientos dignos de ser reseñados, en el marco del Consejo de Relaciones Laborales de Euskadi y de su PRECO, a saber: a) el día 10 de julio el Comité Intercentros de la demandada en Araba solicitó del CRL conciliación o mediación a fin de desbloquear el conflicto laboral en la empresa, para lo que se convocó una reunión para el día 16 de julio, comunicando la mercantil que no acudirían a dicha reunión y celebrándose la misma sin efecto. b) el día 12 de septiembre se produce nueva solicitud del Comité Intercentros ante CRL para mediación o conciliación en el conflicto colectivo sobre calendarios, horarios, prima de producción y otros temas, todo ello en relación a una solicitud de reunión de la Comisión Paritaria del Convenio de empresa. A tal efecto se convocó reunión para el día 17 de septiembre, finalizando la misma sin efecto ante la incomparecencia de la empresa. Duodécimo- En agosto de 2012 la empresa ha procedido a efectuar cuatro despidos disciplinarios por hechos relativos a pintadas conteniendo insultos, amenazas. Los cuatro despedidos eran miembros del Comité Intercentros y del Comité de Huelga y son los siguientes trabajadores: D. Humberto, D. Jorge, D. Manuel y D. Paulino. Decimotercero- Ha quedado acreditado que la situación económica de la empresa 'Celsa Atlantic, S.L.' es la que sigue: El volumen de deudas ha pasado de un 53% en 2009 a un 65% en 2010 y a un 71% en 2011. La calidad de la deuda ha mejorado en 2010 y 2011. El principal volumen de deudas tanto a corto como a largo plazo lo es con empresas del Grupo. Los ingresos de explotación han sido los siguientes: 2009 (373.225.000 euros), 2010 (421.628.000 euros) y 2011 (523.895.000); Los resultados de los ejercicios han sido los siguientes: en 2009 (-91.742.000 euros); en 2010 (-61.984.000 euros), en 2011 (-56.069.000 euros); El valor relativo de las principales partidas de gasto muestra que los gastos de personal han representado los siguientes porcentajes: 8% en 2009; 6,6% en 2010 y 4,7% en 2011; Se ha producido un aumento de ventas en los años 2010 y 2011, pasando de 376.380 euros en 2009 a 423.267 euros en 2010 y a 525.373 euros en 2011. Decimocuarto- Ha quedado acreditado que la situación económica de 'Barna Steel, S.A. y Sociedades Dependientes' es la que sigue: Los ingresos de explotación han sido los siguientes: 2009 (1.665.754 euros), en 2010 (1.907.774 euros) y en 2011 (2.254.880 euros); Los resultados de los ejercicios han sido los siguientes: en 2009 (-271.787 euros); en 2010 (-134.849 euros), en 2011 (-87.114 euros); El valor relativo de las principales partidas de gasto muestra que los gastos de personal han representado los siguientes porcentajes: 10% en 2009; 8% en 2010 y 7,5% en 2011; Las ventas han aumentado en 2010 y 2011, pasando en el Grupo España de 2.205.584 euros en 2009 a 2.563.865 euros en 2010 y a 3.017.908 euros en 2011. Las ventas han aumentado también en el Grupo Barna Steel, pasando de 1.665.075 euros en 2009 a 1.907.774 euros en 2010 y a 2.254.880 euros en 2011. Decimoquinto- La Inspección de Trabajo y Seguridad Social de la Delegación Territorial de Araba del Departamento de Empleo y Asuntos Sociales del Gobierno Vasco emitió informe el día 12 de julio de 2012 (Dña. Sacramento) en el que se concluía, en esencia, que las causas económicas alegadas por la empresa 'Celsa Atlantic, S.L.' para proceder a la extinción de la totalidad de los contratos de trabajo de sus centros de Vitoria-Gasteiz y Urbina podrían justificar la adopción de medidas tendentes a reducir el gasto social vía extinción colectiva, pero en ningún caso el cierre definitivo y la extinción de los contratos de toda la plantilla. Para llegar a tal conclusión se apoya la Inspectora informante en los siguientes datos: el hecho de que las ventas se han incrementado a lo largo de los tres últimos ejercicios; la no disminución del nivel de ingresos ordinarios o ventas de manera persistente durante tres trimestres consecutivos; las previsiones de ventas para 2012 recogidas en la Memoria Explicativa tienen a mejorar los resultados de 2010; los gastos de personal muestran una evolución favorable; la actuación en exclusiva sobre los gastos sociales no garantizaría en ningún caso la viabilidad de la empresa por sí sola, dado el reducido porcentaje que estos gastos representan sobre los ingresos de explotación; la viabilidad de la empresa es un hecho innegable para la propia mercantil, que ha elaborado a tal efecto un plan que supondría un ahorro de 21 millones de euros. Decimosexto- La situación económica, financiera y productiva de la empresa no ha variado entre los días 20 de abril y 15 de mayo de 2012. Decimoséptimo- En fecha de 29 de junio de 2012 el Comité de Empresa Intercentros de 'Celsa Atlantic, S.L.' decidió iniciar cuantas acciones administrativas y judiciales fueran necesarias para la defensa de los intereses de dicho Comité a la vista del conflicto colectivo contra la medida adoptada por la empresa el día 18 de junio de 2012 de extinguir los contratos de trabajo de la totalidad de la plantilla, así como designar como letrado para su defensa a letrado/a del Sindicato ELA".

#### **Quinto.**

Contra expresada resolución se interpuso recurso de casación por el Letrado Don Marc Carrera Domènech, en nombre y representación de la empresa "Celsa Atlántic, S.L.", y recibidos y admitidos los autos en esta Sala se personó como recurrido la Confederación Sindical "Euzko Langilleen Alkartasuna (Solidaridad de Trabajadores Vascos)" (E.L.A./S.T.V.) y el Comité Intercentros de la empresa "Celsa Atlantic, S.L.", representados y defendidos por el Letrado Don Óscar Urretxo Fernández de Betoño, formalizándose el correspondiente recurso mediante escrito con fecha de entrada de Registro de 16 de noviembre de 2012, autorizándolo y basándose en los

siguientes motivos: Primero- Al amparo de lo dispuesto en el art. 207.d) de la LRJS, por el que se denuncia el error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos y que demuestran la equivocación del juzgador, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios, se solicita la modificación del hecho probado cuarto y se ofrece una redacción alternativa del mismo. Segundo- Por el cauce de la revisión fáctica al amparo del art. 207.d) de la LRJS, por el que se denuncia el error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos y que demuestran la equivocación del juzgador, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios, se solicita la modificación de los hechos probados 4.º (motivo primero), 5.º (motivo segundo), 13.º y 14.º (motivo tercero) indicando proponer redacciones alternativas de los mismos. Tercero- Por la vía de la infracción jurídica ( art. 207.e LRJS ), invoca, en primer lugar, como infringido el art. 181.2 LRJS, relativo a la inversión de la carga de la prueba cuando se aportan indicios de vulneración de un derecho fundamental (motivo cuarto); y, subsidiariamente, de los arts. 28.1 y 2 Constitución española (CE ) en relación con el art. 51 Estatuto de los Trabajadores (ET ), con la pretensión de acreditar la existencia de una justificación objetiva y razonable de la decisión empresarial impugnada en el caso de que la Sala considerara que concurren indicios de vulneración de los derechos fundamentales invocados de contrario.

#### **Sexto.**

Evacuado el traslado de impugnación por la parte recurrida Junta de Andalucía "Consejería de Justicia y Administración Pública", el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar el recurso improcedente.

#### **Séptimo.**

Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 18 de septiembre actual en Sala General, dadas las características de la cuestión jurídica planteada y su trascendencia, en cuya fecha tuvo lugar. En dicho acto, el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Fernando Salinas Molina señaló que no compartía la decisión mayoritaria de la Sala y que formularía voto particular, por lo que se encomendó la redacción de la ponencia al Excmo. Sr. Magistrado D. Antonio Martin Valverde.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

#### **Primero.**

Antes de examinar los motivos del presente recurso de casación y el debate suscitado en torno a los mismos interesa recordar de la manera más concisa posible los hechos del litigio y los datos del procedimiento que son relevantes para la decisión. Este recordatorio breve es muy conveniente a la vista de la apreciable complicación fáctica y de la notable complejidad jurídica (sustantiva y procesal) del asunto a enjuiciar.

En resumen, los hechos del caso a tener en cuenta aquí y ahora son éstos: a) la empresa del sector del metal (fabricación y comercialización de flejes y tubos) Celsa Atlantic S.L. (demandada en la instancia y recurrente en casación) forma parte del grupo "Celsa España", consolidando sus cuentas con "Barna Steel S.A." (HP 1.º); b) en el primer semestre de 2012 tanto una como otra entidad atravesaban serias dificultades económicas, con resultados de explotación negativos en los ejercicios anteriores (2009, 2010 y 2011) que, sumados, superan los doscientos millones de euros de pérdidas en Celsa Atlantic (HP 13.º) y los cuatrocientos noventa millones de euros de pérdidas en Barna Steel (HP 14.º); c) para hacer frente a esta situación Celsa Atlantic S.L., entidad a la que se refiere exclusivamente el litigio, ha iniciado desde abril de 2009 cuatro expedientes o procedimientos de regulación de empleo en los dos centros de trabajo de los que es titular en el País Vasco, situados en Vitoria y Urbina; d) los tres primeros expedientes fueron tramitados antes de la reforma del mercado laboral contenida en el RD-L 3/2012 y en la Ley 3/2012, autorizándose el primero en 2009 por un período de 12 meses para 358 de 385 trabajadores y aprobándose el segundo en 2010 por un período de noventa días, tras "acuerdo con la parte social", para la totalidad de la plantilla afectada (HP 3.º); e) el cuarto de dichos procedimientos, que es el que está en el origen del presente pleito, se inició el 20 de abril de 2012, ya en vigor el RD-L 3/2012, mediante sometimiento a "período de consultas" con el comité intercentros de una serie de medidas de reorganización y reestructuración de las plantillas afectadas, entre ellas extinciones de contratos que alcanzaban a 91 trabajadores (HP 4.º); f) terminado sin acuerdo el mencionado período de consultas, y coincidiendo con la fecha de su última reunión, el comité intercentros de la empresa declaró el 3 de mayo una huelga indefinida a partir del 8 de mayo, a la que convocó a los trabajadores de los establecimientos implicados (HP 5.º); g) al día siguiente del inicio de la huelga, el 9 de mayo de 2012, la dirección de la empresa acordó abrir un nuevo período de consultas con el referido órgano de representación laboral en el que la decisión sometida a consideración y negociación era la ampliación del despido colectivo ya en curso, con propósito de llevar a cabo "la extinción de los contratos de

trabajo de la totalidad de la plantilla" de los referidos centros de trabajo de Vitoria y Urbina (HP 6.º); y h) concluido sin acuerdo tras varias reuniones este segundo período de consultas, la propia dirección de la empresa comunicó el 18 de junio a la autoridad laboral y al comité intercentros la decisión de "cierre" definitivo de los dos establecimientos mencionados, "según un calendario estimado con finalización el 31 de diciembre de 2012" (HP 6.º).

### **Segundo.**

Los datos relevantes del procedimiento jurisdiccional de instancia que conviene recordar en este proceso de casación se pueden reducir a los siguientes: a') los demandantes frente a la decisión de la empresa de despido colectivo son "representantes legales y sindicales de los trabajadores", a saber, el sindicato ELA y el comité intercentros, protagonista este último de las actuaciones de negociación y de conflicto que han originado la litis; b') la demanda de despido, interpuesta conjuntamente por las representaciones laborales citadas, pedía la "nulidad de la decisión extintiva colectiva" adoptada por Celsa Atlantic, o "subsidiariamente" la declaración de "no ser ajustada a derecho"; c') además de diversas alegaciones de forma y de fondo (irregularidades en el período de consultas, ausencia de situación económica negativa, ausencia de proporcionalidad en la medida adoptada, actuación de la empresa contra los propios actos y en fraude de ley), la demanda de impugnación de despido colectivo contenía una denuncia de vulneración de los derechos fundamentales de huelga y libertad sindical de los trabajadores.

Los preceptos procesales a los que se ha acogido la demanda reseñada son el artículo 7 a) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS ), sobre la competencia objetiva en las acciones de impugnación de los despidos colectivos por parte de representaciones laborales, y el artículo 124 del mismo cuerpo legal, sobre el cauce o procedimiento jurisdiccional previsto para la sustanciación de tales reclamaciones. Dentro de las distintas vías procesales reconocidas en este último precepto, la utilizada por los demandantes ha sido la regulada en los apartados 1 y 2; así resulta con toda evidencia de la naturaleza o condición colectiva de los sujetos demandantes, del órgano jurisdiccional (Sala de lo Social de Tribunal Superior de Justicia y no Juzgado de lo Social) ante el que la acción ha sido entablada, de la petición deducida en la demanda y de los propios motivos en que ésta se ha fundado.

El mencionado artículo 124.1 LRJS al que se acoge la demanda dice lo siguiente: " La decisión empresarial [de despido colectivo] podrá impugnarse por los representantes legales o sindicales de los trabajadores a través del proceso previsto en los apartados siguientes". Por su parte, el también citado artículo 124.2 LRJS limita los motivos que se pueden invocar en esta vía procesal del despido colectivo: a) al examen de las " causas " del mismo, b) a la realización o desarrollo del " período de consultas " en las condiciones adecuadas de documentación o información que prevé la ley, c) a la constatación de la existencia o no en la decisión extintiva de " fraude, dolo, coacción o abuso de derecho", y d) a la posible alegación por parte de los sujetos colectivos legitimados de vulneración de " derechos fundamentales o libertades públicas ".

En consecuencia, no nos encontramos en este litigio ante la " impugnación individual de la extinción del contrato de trabajo" de los trabajadores finalmente afectados por el procedimiento de despido colectivo. De acuerdo con las previsiones del propio artículo 124 apartado 13 LRJS (apartado 11 del RD-L 3/2012), la legitimación para esta última vía procesal, corresponde al trabajador despedido; el órgano judicial competente será el " Juzgado de lo Social "; los trámites del proceso habrán de ser los previstos " en los artículos 120 a 123 de esta Ley ", con ciertas "especialidades" indicadas en el propio artículo 124.13 LRJS ( artículo 124.11 del RD-L 3/2012); y la acción podrá ejercitarse " [u]na vez firme la sentencia" que resuelva la impugnación del despido colectivo por la vía aquí transitada del artículo 124.1 y 2 LRJS (o por la vía subsidiaria del artículo 124.3 LRJS ).

No está de más recordar que la norma legislativa que rige esta litis, por razones cronológicas evidentes, es el RD-L 3/2012 y no la Ley 3/2012, que incorpora con algunas modificaciones el contenido del anterior. Pero, en lo que concierne a las vías procesales de reclamación, ambas disposiciones vienen a decir lo mismo.

### **Tercero.**

La sentencia de instancia recurrida en casación ha declarado "la nulidad del despido colectivo impugnado por vulnerar los derechos fundamentales de huelga y libertad sindical, condenando a la empresa demandada a estar y pasar por esta declaración". Interesa precisar que esta decisión de la instancia comporta la nulidad total del despido colectivo impugnado, y no la nulidad parcial del acuerdo empresarial de ampliación o elevación (de 91 a 358) del número de los trabajadores afectados por el despido colectivo, a raíz de la declaración y convocatoria huelga indefinida.

En síntesis, el fundamento de la resolución de la Sala de lo Social del País Vasco ha sido (con cita de jurisprudencia constitucional y de las normas constitucionales y legales que ha entendido de aplicación, entre ellas el artículo 181.2 LRJS ) la concurrencia de indicios de vulneración del derecho de huelga de los trabajadores. Tal

lesión de derecho fundamental resultaría, según la propia sentencia recurrida, de la conducta de la empresa de responder a la declaración de la huelga del comité intercentros con una decisión de clausura definitiva de los centros de trabajo, elevando así muy sensiblemente el número de trabajadores despedidos fijado en el inicial período de consultas.

Según la misma sentencia impugnada, los indicios de lesión del derecho de huelga aportados por las partes demandantes no han sido contrarrestados o neutralizados, como ordena el citado artículo 181.2 LRJS, mediante prueba suficiente de causas sobrevenidas ajenas a la declaración de huelga, que pudieran justificar la ampliación del número de trabajadores afectados por el despido colectivo. En concreto, se razona como fundamento de la decisión, que desde la fecha del primer período de consultas a la fecha de comunicación a la autoridad laboral del cierre definitivo de dichos centros no se habían producido variaciones significativas en la situación económica y productiva de la empresa.

Además de la vulneración del derecho de huelga por la reseñada ampliación o extensión del despido colectivo, la Sala de suplicación entiende que la decisión extintiva llevada a cabo vulnera también "el derecho a la libertad sindical de las personas despedidas pertenecientes o vinculadas al sindicato ELA". El fundamento o ratio decidendi de esta parte de la resolución jurisdiccional de instancia es que, dentro del calendario de cierre de los centros de trabajo anunciado por la empresa, la mayoría de los trabajadores despedidos "hasta la fecha del juicio oral" (97 de 178) han sido personas "afiliadas a ELA" (HP 8.º y fundamento jurídico 7.º).

#### **Cuarto.**

Se aprecia con claridad en los fundamentos anteriores que la demanda interpuesta en la instancia al amparo del artículo 124,1 LRJS es una demanda compleja, en la que se combinan numerosos motivos, unos de infracción de ley y otros de lesión de derechos fundamentales. Es más, los argumentos utilizados en el escrito de la demanda insisten más bien en los aspectos legales del asunto y no tanto en su vertiente constitucional. Hay que resaltar, no obstante, que la sentencia recurrida, tras motivar la declaración de hechos probados y una vez rechazadas las excepciones procesales planteadas por la empresa, se ha centrado exclusivamente en los aspectos constitucionales; bastaría para comprobarlo con la lectura del fallo, recién reproducido, y con la lectura de los epígrafes que dan título a los fundamentos de dicha sentencia de instancia.

Como era de esperar, el recurso de casación interpuesto por la empresa Celsa Atlantic S.L. ha situado también el foco principal de atención en las cuestiones constitucionales de las que se ha ocupado la sentencia de instancia, aunque las alegaciones efectuadas tratan también todas ellas el tema de las causas legales del despido acordado, bien visible en el fondo de la escena. En los tres primeros motivos la empresa propone completar con algunas adiciones y puntualizaciones la versión judicial de los hechos, denunciando en los dos siguientes infracciones de los preceptos sustantivos o procesales aplicados, que son el artículo 181.2 LRJS sobre distribución de la carga de la prueba en los procesos de vulneración de derechos fundamentales (motivo 4.º), y "el artículo 28.1 y 2 de la Constitución española, en relación con la aplicación del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores" (motivo 5.º).

La larga y reiterativa argumentación del escrito del recurso concluye con la solicitud genérica de absolución de la parte demandada "de las pretensiones y pedimentos de la parte demandante", y con dos peticiones adicionales más específicas en las que se solicita que declaremos: 1) "la inexistencia de vulneración de derechos fundamentales en la decisión de despido colectivo comunicada el 18 de junio de 2012", y 2) "así como el carácter ajustado a derecho de esta decisión". Esta última petición se apoya en las consideraciones sobre la interpretación y aplicación al caso del artículo 51 ET realizadas en el último motivo del escrito. Pero, en realidad, la alegación de una grave y prolongada situación económica negativa de la empresa ("situación crítica" y no meramente "complicada" es expresión constantemente utilizada en el escrito de formalización de la presente casación) es el verdadero leitmotiv del recurso, que aparece y vuelve a aparecer, como se comprobará a continuación, en los cinco motivos en que éste ha sido estructurado.

#### **Quinto.**

Por el cauce de la revisión fáctica ( artículo 297.d LRJS ) se pretende la modificación de los hechos probados 4.º (motivo primero), 5.º (motivo 2.º) 13.º y 14.º (motivo tercero), proponiendo redacciones alternativas de los mismos. El propósito de estos motivos es, por una parte, poner mayor énfasis en la larga duración y en la gravedad de la situación económica de la empresa, circunstancias en las que, a juicio de la dirección, radicaría la verdadera causa de la decisión de cierre definitivo; y por otra, dejar constancia de que con anterioridad ya se habían formulado por la dirección advertencias sobre la posibilidad del cierre.

En concreto, el motivo 1.º pretende que se adicione al HP 4.º el siguiente párrafo: "El 2 de marzo de 2012 la dirección de Laminaciones Arregui (Celsa Atlantic) comunicó a sus trescientos sesenta trabajadores el posible cierre de las plantas alavesas a finales de mayo si no mejoraba la situación de la empresa". La prueba documental



aportada para sustentarlo es una noticia de prensa periódica digital publicada el 2 de marzo de 2012. Lo que se pretende con la adición de este dato es evidenciar que la empresa "había advertido a los representantes de los trabajadores de lo que podía suceder si no se modificaba una situación empresarial negativa" y que "el cierre de los centros afectados fue la consecuencia de esta advertencia previa a la declaración de huelga".

Pero el motivo no merece favorable acogida por varias razones. En primer lugar, porque tal noticia de prensa es indicativa de la percepción empresarial de la gravedad de su situación económica, pero no explica ni justifica por sí sola el cambio de la decisión de la dirección sobre el alcance numérico del despido colectivo. Aun aceptando la hipótesis de que dicha advertencia de cierre se haya producido, la misma habría tenido lugar según el referido comunicado el 2 de marzo de 2012, mientras que la propuesta inicial de despido colectivo para 91 trabajadores fue acordada en fecha posterior, el día 20 de abril del mismo año. Debe tenerse en cuenta además que un simple recorte o suelto de prensa no es documento hábil para fundar la declaración de un error de hecho en casación.

El motivo 2.º está también orientado a demostrar que "la convocatoria de una huelga indefinida en los centros alaveses no fue la causa sino la consecuencia de una decisión de cierre que había sido transmitida a los representantes legales de los trabajadores como posible si no se alcanzaban acuerdos que contribuyeran a la viabilidad de la compañía". En vistas a este objetivo Celsa Atlantic pide que se añada al HP 5.º de la sentencia la indicación de que los motivos de la huelga son "recortes salariales", "recorte de personal", "aumento de jornada" y "amenaza de cierre". La base documental invocada es la declaración de huelga comunicada a la autoridad laboral por parte del comité de huelga. Pero, aun reconociendo la validez de dicho medio de prueba a efectos casacionales, lo cierto es que el pasaje añadido carece de trascendencia, por las mismas razones de fondo que el motivo anterior, para modificar la convicción reflejada en la sentencia de instancia sobre la causa de la decisión empresarial de elevar el número de trabajadores afectados por el despido colectivo, en el corto espacio transcurrido desde el 20 de abril de 2012 hasta el 18 de junio del mismo año.

En el motivo 3.º del recurso, la propuesta de revisión fáctica afecta al HP 13.º, que es el dedicado en la sentencia de instancia a la descripción de la situación económica de la empresa Celsa Atlantic. Las adiciones propuestas en este motivo son numerosas, consistiendo sustancialmente en detallar el cuadro clínico de la crisis empresarial padecida, con base principal en los informes aportados al caso por el Gobierno Vasco y por la Inspección de Trabajo. Entre otros puntos, se quiere introducir en la versión judicial de los hechos, con el ya señalado propósito de resaltar la prolongación y la gravedad de la situación de la empresa, que "el activo corriente es bastante menor al doble del pasivo corriente"; que "la empresa puede sufrir problemas de liquidez y hacer suspensión de pagos"; que "la mercantil no puede devolver los préstamos al tener flujo de caja negativo en 2009, 2010 y 2011", y que "la empresa tendrá que vender por valor de 731.161'79 (miles de euros) para no obtener ni beneficios ni pérdidas".

Es cierto que todas estas afirmaciones figuran en el citado informe del Gobierno Vasco sobre la situación en 2012 de la empresa recurrente. Pero no es menos verdad que buena parte de los datos que se pretenden incorporar al relato fáctico están ya presentes de forma explícita o implícita en el HP 13.º, sin que, a los efectos del enjuiciamiento de las causas alegadas del presente despido colectivo, puedan resultar necesarios los desarrollos, detalles o adiciones propuestos. Por otra parte, se trata de informes técnicos que, en su condición de tales, no son medios probatorios hábiles a efectos del artículo 207 d) LRJS .

La única puntualización aclaratoria en la formulación de dicho HP 13.º que sí conviene efectuar a propósito de este motivo es que en las cifras de los ingresos de explotación y de los resultados de los ejercicios de 2009, 2010 y 2011 los números reflejados se han de contar en miles de euros, como se deduce de los datos reflejados en la demanda (folio 8 reverso) y en el informe económico de la parte actora (folio 2832).

#### **Sexto.**

Los motivos 4.º y 5.º del recurso, dedicados a la impugnación del derecho aplicado en la sentencia, constituyen en realidad dos fases de un mismo argumento, por lo que, una vez presentados, pueden y deben ser analizados conjuntamente.

El motivo 4.º viene a decir que no concurren en el caso "indicios fundados de lesión de los derechos fundamentales invocados" puesto que tales indicios se han destruido "a la luz del relato de hechos probados", tras la revisión procurada en los motivos precedentes. A juicio de la parte recurrente, "hasta el 20 de abril de 2012 [fecha del acuerdo de iniciación del procedimiento de despido colectivo], y también después se da en la empresa una situación económica negativa de falta total de rentabilidad y pérdidas cuantiosas acumuladas", por lo que "un correcto juicio de probabilidades" conduce a considerar que la causa del cierre definitivo de los centros de trabajo no ha sido la convocatoria de huelga sino una situación económica "crítica", a la que no es ajena "la falta reiterada de acuerdos con los representantes de los trabajadores". Procede por tanto - sigue el argumento del recurso - imputar a la crisis de la empresa y no a la huelga convocada la elevación del número de trabajadores afectados por el despido colectivo; de donde se desprendería en conclusión - de nuevo, según la empresa recurrente - que

la sentencia de instancia ha aplicado de manera incorrecta el precepto del artículo 181.2 LRJS sobre distribución de la carga de la prueba, y en consecuencia ha apreciado indebidamente vulneraciones de los derechos fundamentales reconocidos en los artículos 28.1 y 2 CE .

Este último paso de la argumentación de la empresa recurrente se da en el motivo 5.º del recurso, donde se afirma, con base en la "redacción actual" del artículo 51 ET, "que ha quedado acreditada de manera plena la causa legal expresada en la comunicación del despido colectivo"; en concreto la "existencia de pérdidas actuales", cifradas en los tres años de referencia (2009-2011) en "209.795.000 euros" para la empresa recurrente y en "493.750.000 euros", para "el grupo en el que consolida cuentas".

Una vez expuesto el contenido de los motivos de derecho aducidos por la empresa demandada, es éste el momento de abordar y resolver las numerosas cuestiones jurídicas implicadas en los mismos. Para ello parece oportuno seguir un determinado orden lógico, que es el siguiente: 1.º) la valoración de la conducta de la empresa de elevar el número de trabajadores afectados por el despido colectivo desde el punto de vista del respeto al derecho de huelga de los trabajadores; 2.º) en el supuesto de apreciarse vulneración del mismo, la valoración del contenido y el alcance de la nulidad (total o parcial) de dicha actuación empresarial; 3.º) la valoración de los actos de despido de los trabajadores afiliados a ELA desde la perspectiva del respeto a su libertad sindical, cuestión que se relaciona en el caso con la determinación de las vías procesales previstas en los artículos 124.1 y 2 LRJS y 124.13 (124.11 en la redacción anterior a la Ley 3/2012) LRJS para las respectivas impugnaciones de los representantes de los trabajadores y de los trabajadores despedidos; y 4.º) la respuesta en derecho, dentro de los términos anteriormente acotados y en un plano de legalidad sustantiva, a las alegaciones del recurso sobre la concurrencia de los requisitos de fondo y de procedimiento del despido colectivo decidido por la empresa.

### **Séptimo.**

La sentencia de instancia ha partido de la base: 1) de la existencia en la decisión de cierre definitivo de los centros alaveses de la empresa demandada de indicios consistentes de "violación del derecho fundamental de huelga", y 2) de la carencia de fuerza de convicción de los argumentos esgrimidos por la empresa para neutralizar tales indicios. Estas dos premisas de la sentencia recurrida deben ser mantenidas.

En efecto, parece muy evidente, a la vista de la cronología de los hechos, la vinculación o conexión causal entre la declaración y convocatoria de la huelga acordadas por el comité intercentros y la reacción empresarial de convertir el despido colectivo de parte de la plantilla en el despido colectivo de la totalidad de los empleados. Como ha apreciado la sentencia de instancia, en los escasos dos meses que van desde la fecha del primer período de consultas a la fecha de comunicación a la autoridad laboral del cierre definitivo de dichos centros no constan variaciones significativas en la situación económica y productiva de la empresa. En cambio, el indicio de que la elevación del número de trabajadores despedidos es una medida de retorsión lesiva del derecho de huelga ejercitado es tanto más consistente cuanto que el acuerdo empresarial de cierre definitivo de los centros afectados se produjo consecutivamente, sin lapso de tiempo intermedio, al día siguiente del comienzo de la huelga declarada.

Todos estos hechos y circunstancias no han sido desvirtuados por la empresa en la argumentación del escrito del recurso, donde, a pesar del esfuerzo dialéctico desplegado, se omiten las explicaciones y acreditaciones legalmente exigidas respecto de la concurrencia de nuevas causas o circunstancias objetivas ("económicas, técnicas, organizativas o de producción") que pudieran justificar la conversión de la propuesta de despido colectivo "parcial" de 20 de abril de 2012 en el "cierre" o despido colectivo "total" de 18 de junio de 2012. En particular, el recurso no ha evidenciado que la reducción de la producción generada por la huelga haya tenido, en el escaso tiempo transcurrido, un impacto relevante sobre las dificultades económicas padecidas.

El argumento de la empresa de que los representantes de los trabajadores no adoptaron una actitud de negociación respecto de los despidos y medidas de reorganización anunciados en el primer período de consultas no convence, en cuanto que desconoce el alcance singular y limitado de las consultas a desarrollar en dicha fase del procedimiento. Por mandato expreso del artículo 51.2 ET, esta fase inicial debe abrir una negociación "sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias". No cabe, por tanto, de acuerdo con las previsiones de la ley, una actuación empresarial en dicho período de consultas conducente no a la evitación o reducción sino a la elevación del número de trabajadores despedidos.

Téngase en cuenta, en fin, que la clausura de los centros de trabajo acordada por la empresa no es el cierre temporal defensivo que permite la legislación española (artículo 12 RD-L 17/1977), tal como ha sido interpretado por la jurisprudencia constitucional ( STC 11/1981, fj 22) y por la jurisprudencia del Tribunal Supremo ( STS 31-3-2000 ), sino una medida de retorsión que desborda o excede el marco del derecho constitucional de los empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo ( artículo 37.2 CE ).

La conclusión resultante de todo ello no puede ser otra que la declaración de nulidad de la conducta empresarial, adoptada en la fecha ya señalada de 18 de junio de 2012, de elevación del número de trabajadores afectados por el despido colectivo.

**Octavo.**

Sentadas las premisas anteriores, nuestra sentencia debe dar entrada a un tema no razonado en los fundamentos de la sentencia de instancia pero sí decidido en la misma. Se trata de la determinación del alcance de la nulidad bien total o bien parcial de la decisión de despido colectivo impugnada. Lo que ha resuelto la sentencia de instancia es la nulidad total de la decisión extintiva colectiva acordada el 18 de junio de 2012, con inclusión de los 91 despidos anunciados en el inicial período de consultas con el que comenzó el procedimiento. Esta opción de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco ha supuesto obviamente el descarte de la solución alternativa, que es la anulación del acuerdo de la empresa de elevar el número de trabajadores despedidos a raíz del ejercicio del derecho de huelga, sin decretar la nulidad de la decisión de despido colectivo parcial acordada el 20 de abril.

Conviene tener presente que esta segunda opción de interpretación y aplicación de los preceptos jurídicos implicados no significaría necesariamente la validación automática del despido colectivo parcial acordado inicialmente. Excluir de la nulidad el despido colectivo parcial anunciado en el inicial período de consultas comporta únicamente remitir el pronunciamiento sobre su licitud o ilicitud a lo que resultare del examen de las restantes cuestiones de legalidad implicadas. Partiendo del planteamiento que se acaba de exponer, esta Sala del Tribunal Supremo considera que la resolución adoptada en suplicación sobre el alcance de nulidad total del despido colectivo enjuiciado no es ajustada a derecho. Es bien cierto, como se ha señalado en el fundamento precedente, que la iniciativa o inicial decisión de despido colectivo parcial fue ampliada a la totalidad de los trabajadores de los centros afectados a raíz de la declaración de huelga acordada por el comité intercentros, lo que ha constituido un acto de retorsión contrario al ejercicio del derecho de huelga. Pero, por las razones que se exponen a continuación, la nulidad decretada no puede extenderse al despido colectivo parcial fijado en la fase del procedimiento desarrollada con anterioridad. Esta iniciativa de despido colectivo parcial para la amortización de 91 puestos de trabajo, propuesta y negociada en el período de consultas iniciado el 20 de abril que antecedió inmediatamente a los hechos originarios del litigio, habrá de ser declarada lícita o ilícita de acuerdo con los demás preceptos legales aplicables, pero no ha sido lesiva del derecho fundamental de huelga.

Una primera razón para declarar la nulidad de la ampliación del despido colectivo pero no la de la decisión de despido colectivo parcial anterior estriba en que dicha elevación del número de despidos no significa obviamente una renuncia al despido parcial sino una modificación ampliatoria del mismo. Dicha conclusión resultaría contraria a la más elemental lógica de la gestión empresarial: quien quiere lo más quiere lo menos, y no cabe pensar que quien tiene voluntad de extender o ampliar un despido colectivo parcial haya desistido o renunciado a la pretensión de proceder al número limitado de despidos inicialmente propuesto. Con el mismo razonamiento lógico, la empresa que en el presente recurso ha pedido lo más (la declaración de validez del despido colectivo total acordado) está también pidiendo lo menos (la declaración de validez del despido colectivo parcial, que injustificadamente amplió luego).

Una segunda razón que conduce a la misma conclusión de declarar la nulidad parcial y no la nulidad total del despido colectivo radica en el propio alcance temporal limitado de la vulneración del derecho de huelga cometida por el empresario. Tal vulneración se refiere al acto de ampliación o elevación del número de trabajadores despedidos pero no puede referirse a la decisión inicial anterior de proceder al despido colectivo parcial ante una situación no cuestionada de dificultades económicas. Ello es así porque la lesión de un derecho fundamental es una conducta ilícita concreta y determinada que contamina el acto de infracción y sus consecuencias, pero que carece obviamente de efectos retroactivos sobre las conductas anteriores adoptadas por el empresario infractor. Como ya se ha dicho y repetido, el enjuiciamiento de estas conductas anteriores se ha de llevar a cabo con otros criterios legales y no con el de la lesión de un derecho fundamental ocurrida después.

En conclusión, no cabe pensar que quien ya había anunciado el despido colectivo de un número determinado de trabajadores por razones de orden económico altere luego esa causa para despedir con motivo de reprimir una huelga posterior. En la formación de la voluntad del empleador el motivo de retorsión sólo puede dirigirse a los nuevos despidos que se añaden a los que ya tenía el propósito de realizar a causa de la situación económica de la empresa.

**Noveno.**

En la secuencia lógica que hemos adoptado para el examen de las cuestiones jurídicas del presente recurso nos corresponde ahora tratar el tema de los actos de despido de los trabajadores afiliados a ELA, desde la perspectiva del respeto a su derecho de libertad sindical. Como hemos adelantado, esta cuestión ha de ser abordada en conexión con la determinación de las vías procesales por las que han de discurrir las impugnaciones de los despidos colectivos de los representantes de los trabajadores (o, subsidiariamente, el empresario) y de los propios trabajadores despedidos.

El artículo 124 LRJS establece diferencias notables entre estas vías procesales en lo que concierne al momento (y orden cronológico) en que pueden ser utilizadas, a los sujetos litigantes, a los órganos de la jurisdicción social competentes, a los distintos objetos del proceso, a los trámites del procedimiento y a los efectos de las respectivas sentencias. Las finalidades que el legislador persigue mediante la construcción de esta compleja maquinaria procesal se pueden reducir a dos, estrechamente relacionadas entre sí: 1) de un lado, se trata de evitar las divergencias de resoluciones judiciales que muy probablemente se hubieran producido de haberse aceptado el enjuiciamiento directo en las impugnaciones de los despidos individuales subsiguientes de todas las cuestiones jurídicas potencialmente implicadas en una decisión de despido colectivo; y 2) de otro lado, se trata de simplificar la labor de los órganos jurisdiccionales mediante una operación de reparto o división del trabajo en la que corresponde de un lado a las Salas de lo Social la resolución prejudicial de los motivos que afectan colectivamente a todos los implicados, y de otro lado a los Juzgados de lo Social la resolución de las restantes cuestiones planteadas por los trabajadores despedidos, a raíz de los sucesivos actos de despido individual adoptados en ejecución del despido colectivo.

La diferenciación de las vías procesales del artículo 124 LRJS se apoya en último término en la distinción de los respectivos objetos de las acciones correspondientes. La acción del artículo 124.1 LRJS, que ha sido la ejercitada en el presente litigio, tiene por objeto la decisión extintiva colectiva ("despido colectivo"). La acción del actual artículo 124.13 (124.11 en el RD-L 3/2012) LRJS tiene por objeto los actos subsiguientes de despido formalizados por carta que se comunican a los trabajadores despedidos. La distinción lógica e incluso cronológica entre estos diferentes objetos procesales se aprecia en el caso enjuiciado con toda claridad: una cosa han sido la decisión extintiva colectiva adoptada el 18 de junio de 2012 o el 20 de abril anterior, y otra cosa distinta son las decisiones singulares de extinción de relaciones individuales de trabajo para las que la empresa había fijado un calendario de seis meses.

Como era de esperar, la distinción expuesta entre la decisión extintiva colectiva inicial y los actos singulares de despido subsiguientes aparece también repetidamente en las normas legales reglamentarias sobre el procedimiento de despido colectivo. Sin ir más lejos, en el segundo párrafo del artículo 124.2 LRJS se ordena con énfasis que "[e]n ningún caso podrán ser objeto de este proceso [el de impugnación colectiva del despido colectivo por los representantes legales o sindicales de los trabajadores contemplado en los apartados 1 y 2 del artículo 24 LRJS] las pretensiones de prioridad de permanencia previstas legal o convencionalmente o establecidas en el acuerdo adoptado en el período de consultas". "Tales pretensiones - sigue el propio precepto - se plantearán a través del procedimiento individual al que se refiere el apartado 11 del presente artículo" [apartado 11 en el RD-L 3/2012, que se ha convertido en apartado 13 en la Ley 3/2012].

La conclusión que se desprende de las consideraciones anteriores es que la alegada discriminación en el despido y consiguiente lesión de la libertad sindical de los trabajadores afiliados a ELA podrá y en su caso deberá ser enjuiciada por el cauce del artículo 124.13 LRJS y no por la presente vía del artículo 124.1 y 2 LRJS. Es verdad que los representantes de los trabajadores que impugnan un despido colectivo pueden invocar como motivo la lesión de un derecho fundamental, pero la actuación a la que se ha de imputar tal vulneración ha de ser la decisión extintiva de afectación colectiva (en el caso, la decisión empresarial comunicada el 18 de junio de 2012) y no los actos posteriores de individualización o concreción del despido colectivo en trabajadores concretos y determinados (en el caso, las sucesivas "cartas de despido" a las que se refiere el hecho 6.º de la demanda).

En suma, la decisión de la sentencia de instancia de declarar la nulidad de las extinciones de los contratos de trabajo acordadas por la empresa respecto de los trabajadores afiliados a ELA excede del ámbito de cognición delimitado en el artículo 124.1 y 2 y concordantes LRJS. Téngase en cuenta, además, que, en cuanto la tacha de discriminación pudiera referirse a la decisión impugnada de despido colectivo, es manifiesta su improcedencia, pues quien acuerda el despido colectivo de toda la plantilla no puede incurrir en discriminación por razones sindicales respecto de los trabajadores incluidos en la misma; la discriminación, de producirse, lo será al ejecutar la decisión extintiva colectiva mediante los despidos individuales, no correspondiente, como ya se ha dicho, el enjuiciamiento de estas decisiones individuales a la presente vía procesal. Por todo lo razonado en este punto la sentencia debe ser casada, sin que tampoco nos corresponda a nosotros en este proceso de casación ordinaria pronunciamiento alguno sobre el fondo de la cuestión.

#### Décimo.

El artículo 215 c) LRJS, al regular los efectos de la sentencia de casación de signo estimatorio ordena a la Sala resolver " lo que corresponda dentro de los términos en que está planteado el debate, con preferencia de la resolución de fondo del litigio". En el presente caso la decisión de fondo de los temas de legalidad que integran el debate procesal es factible teniendo en cuenta la detallada redacción de los hechos probados de la sentencia de instancia. Podemos y debemos adoptar, por tanto, la resolución a la que el legislador otorga "preferencia", para cuya decisión los motivos del recurso proporcionan además fundamentos alegatorios suficientes, pues al tratar de

justificar la procedencia por razones económicas de todos los despidos es obvio que está justificando también los 91 despidos que conformaban la decisión inicial.

Abordaremos sucesivamente, por el orden en que aparecen enunciados en el artículo 124.2 LRJS, las siguientes cuestiones de legalidad propuestas por las partes litigantes: a) la concurrencia o no de las causas legales del despido colectivo; b) las supuestas o reales infracciones del procedimiento denunciadas; y c) la existencia o no de vicios de fraude o abuso de derecho en la decisión extintiva acordada por Celsa Atlantic S.L. el 18 de junio de 2012.

Para el análisis de la justificación de las causas de despido colectivo aducidas por la empresa conviene recordar que tales causas fueron enunciadas por el legislador en la Ley 11/1994; que la jurisprudencia de esta Sala de lo Social procedió a la definición de las mismas en la interpretación y aplicación de dicha norma legal; y que tal definición ha sido acogida en lo esencial por la Ley 35/2010, de donde ha pasado con algunos retoques a la actual Ley 3/2012. Después de todas estas vicisitudes, las causas económicas a las que pretende acogerse en el caso Celsa Atlantic se definen en el vigente artículo 51.1 párrafo 2.º ET en los siguientes términos: " 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".

A la vista de la redacción anterior y de lo consignado en el HP 13.º (pérdidas multimillonarias en euros en los años 2009-2011), reiteradamente reproducido y aludido en la presente resolución, es claro que, en la fecha de la demanda, concurría en la empresa demandada la causa económica contemplada y definida en la Ley. Nos encontramos, sin necesidad de discutir otras calificaciones, ante una situación de rentabilidad negativa o pérdidas actuales importantes que debe ser subsumida en el supuesto de hecho de la norma legal. Es cierto, como refleja el propio HP 13.º, que no todos los datos de la situación empresarial son desfavorables, y que, aunque el volumen de la deuda acumulada por la sociedad recurrente haya crecido también en el período trienal considerado, las ventas de la misma han experimentado mejoría. En cualquier caso, tal como está redactado el precepto reproducido, los supuestos típicos de situación económica negativa, mencionados en el mismo por vía de ejemplo, se enuncian en la ley separados por la disyuntiva "o", sin que se exija por tanto para apreciar las causas económicas contempladas la concurrencia conjunta de pérdidas y de disminución persistente de ingresos o ventas.

A lo anterior ha de añadirse que el legislador de 2012 ha querido además, y así lo ha hecho constar en la exposición de motivos de la Ley 3/2012 (apartado V), que los órganos jurisdiccionales encargados del enjuiciamiento de los despidos colectivos no sustituyan al empresario en la elección de las medidas concretas a adoptar, limitando su control a verificar que las causas económicas alegadas existen, que tienen seriedad suficiente para justificar una reestructuración de los objetivos y de los recursos productivos de la empresa, que no son por tanto un pretexto o excusa para despedir, y que la supresión o amortización de puestos de trabajo acordada es una medida apropiada (o una de las medidas apropiadas) para hacerles frente. En definitiva, en contra de lo que han alegado en el caso las partes demandantes, no corresponde en el derecho vigente a los órganos jurisdiccionales, al valorar las causas de los despidos económicos, efectuar un juicio de proporcionalidad en el sentido técnico- jurídico de la expresión, el cual presupone una valoración del carácter indispensable de la decisión adoptada, sino un juicio de adecuación más limitado, que compruebe la existencia de la causa o causas alegadas, su pertenencia al tipo legal descrito en el artículo 51 ET, y la idoneidad de las mismas en términos de gestión empresarial en orden a justificar los ceses acordados.

### **Undécimo.**

La demanda del sindicato ELA y del comité intercentros de Celsa Atlantic S.L. plantea, además del tema de las causas y de los temas constitucionales en los que se ha centrado la sentencia de instancia recurrida, otras cuestiones de impugnación del despido colectivo a las que dedica ciertamente una atención menor. Debemos dar respuesta a las mismas, siquiera de forma más escueta, en cumplimiento del citado artículo 215 LRJS sobre el contenido de la sentencia de casación social común u ordinaria.

Uno de estos temas es el de la supuesta "falta de información suficiente" y "mala fe de la empresa en el proceso negociador del período de consultas". Pero la supuesta insuficiencia de información denunciada no se corresponde con lo que dice el repetidamente citado HP 13.º de la sentencia de instancia, y con lo que se acredita sobre las actuaciones en los períodos de consulta (el iniciado el 18 de abril y el iniciado el 9 de mayo) en los HP 4.º, 5.º y 6.º. Los propios datos económicos y financieros sobre los que argumenta la demanda con abundancia y detalle en su apartado III desmienten que la información proporcionada fuera insuficiente a los efectos de la negociación prevista en el período de consultas. Al margen de la declaración de vulneración del derecho de huelga ya efectuada, la mala fe de la empresa "en el proceso negociador" de los períodos de consulta tampoco se puede afirmar a la vista de las actuaciones acreditadas, teniendo en cuenta la reseña de distintas propuestas que

la empresa llevó a cabo en las tres reuniones del primero y cinco reuniones del segundo períodos de consultas (HP 4.º y 6.º, respectivamente).

No es acogible tampoco la alegación de las partes demandantes de que, "si bien se ha confeccionado un calendario para el cierre de las plantas", la empresa no ha establecido "criterios para determinar las personas que serán despedidas". Si bien se mira, esta imputación, que en el planteamiento de la demanda se refiere únicamente a la decisión de cierre definitivo adoptada el 18 de junio de 2012, no es consistente desde el punto de vista lógico, ya que no cabe exigir a la empresa especificación de los "criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados por los despidos" cuando se trata de una decisión extintiva que afecta a la totalidad de los empleados en un centro de trabajo.

#### **Duodécimo.**

Los pronunciamientos de la presente sentencia, tal como resultan de las consideraciones efectuadas en los fundamentos anteriores, se pueden recapitular como sigue: 1) la conducta de la empresa de elevar el número de trabajadores afectados por el despido colectivo incurre en vulneración del derecho de huelga de los trabajadores; 2) la nulidad consiguiente a la declaración anterior no afecta a los 91 despidos anunciados en el primer período de consultas, sino al acuerdo empresarial de ampliar la decisión extintiva colectiva a los restantes puestos de trabajo de los centros de Vitoria y Urbina afectados; 3) el ámbito de cognición de la acción de impugnación del despido colectivo atribuida a los representantes de los trabajadores en el artículo 124.1 LRJS no se extiende a las supuestas o reales vulneraciones de derechos fundamentales en que pudiera incurrir el empresario en los actos singulares de extinción de los contratos de trabajo subsiguientes a la decisión de despido colectivo o decisión extintiva colectiva; 4) tales impugnaciones de los actos singulares de despido tienen abierta la vía procesal ante los Juzgados de lo Social del actual artículo 124.13 LRJS ; 5) concurren en el caso las causas económicas de despido colectivo respecto del despido parcial de 91 trabajadores no afectado de nulidad; 6) no se han acreditado en el caso las infracciones del procedimiento en el período de consultas determinantes de su invalidación; y 7) tampoco es acogible la alegación de fraude de ley y abuso de derecho en lo que afecta al despido colectivo parcial acordado por Celsa Atlantic S.A.

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

#### **FALLAMOS**

Estimamos el recurso de casación interpuesto por la empresa "CELSA ATLANTIC, S.L.", contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior Justicia del País Vasco, de fecha 9 de octubre de 2012 (autos n.º 13/2012), recaída en proceso seguido a instancia de la CONFEDERACIÓN SINDICAL "EUZKO LANGILLEEN ALKARTASUNA (SOLIDARIDAD DE TRABAJADORES VASCOS)" (E.L.A./S.T.V.) y el COMITÉ INTERCENTROS DE LA EMPRESA "CELSA ATLANTIC, S.L.", habiendo sido parte el MINISTERIO FISCAL contra la citada empresa sobre DEMANDA DE IMPUGNACIÓN DE DESPIDO COLECTIVO. Casamos y anulamos la sentencia de instancia. Resolviendo sobre el fondo de las cuestiones planteadas, declaramos: 1) que la conducta de la empresa de elevar el número de trabajadores afectados por el despido colectivo ha incurrido en vulneración del derecho de huelga de los trabajadores; 2) que la nulidad consiguiente a la declaración anterior no afecta a los 91 despidos anunciados en el primer período de consultas; 3) que no se pueden conocer por el cauce procesal del artículo 124.1 LRJS las alegadas vulneraciones del derecho de libertad sindical de los afiliados al sindicato ELA en los actos singulares de extinción de los contratos de trabajo subsiguientes a la decisión de despido colectivo; 4) que tales impugnaciones de los actos singulares de despido tienen abierta la vía procesal ante los Juzgados de lo Social del actual artículo 124.13 LRJS ; 5) que no son acogibles las alegaciones formalizadas en la demanda de fraude de ley y abuso de derecho en lo que afecta al despido colectivo parcial acordado por Celsa Atlantic S.A.; 6) que tampoco se han acreditado en el caso infracciones del procedimiento en el período de consultas que pudieran determinar su invalidación; y 7) que, al concurrir en el caso las causas económicas alegadas por la empresa respecto de la decisión inicial de despido colectivo parcial, se declara conforme a derecho dicho acuerdo de despido de 91 trabajadores adoptado por la empresa demandada en su comunicación de 18 de junio de 2012.

Devuélvanse las actuaciones al Organismo Jurisdiccional correspondiente, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. D. Aurelio Desdentado Bonete D. Fernando Salinas Molina D<sup>a</sup>. Maria Milagros Calvo Ibarlucea D. Luis Fernando de Castro Fernandez D. Jose Luis Gilolmo Lopez D. Jordi Agusti Julia D<sup>a</sup>. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana D<sup>a</sup>. Rosa Maria Viroles Piñol D<sup>a</sup>. Maria Lourdes Arastey Sahun D. Miguel Angel Luelmo Millan D. Antonio Martin Valverde D. Jesus Souto Prieto

*VOTO PARTICULAR que formula el EXCMO. SR. MAGISTRADO DON FERNANDO SALINAS MOLINA, a la sentencia dictada en el Recurso 11/2013, y al que se adhieren LOS/AS EXCMOS/AS. SRES/AS. MAGISTRADOS/AS DON LUIS FERNANDO DE CASTRO FERNANDEZ, DON JORDI AGUSTI JULIA, DOÑA MARIA LUISA SEGOVIANO ASTABURUAGA Y DOÑA ROSA MARIA VIROLES PIÑOL.*

Haciendo uso de la facultad conferida por el art. 260.2 LOPJ, formulo voto particular a la sentencia dictada en el recurso de casación ordinario 11/2013, por discrepar -siempre con la mayor consideración y respeto- del criterio adoptado por la mayoría de la Sala en la indicada resolución, especialmente respecto a la solución dada sobre la vulneración de los derechos fundamentales de huelga y de libertad sindical, fundándome en los siguientes antecedentes y consideraciones jurídicas:

## I. ANTECEDENTES

Como esquemáticos antecedentes del despido colectivo enjuiciado, -- reflejados en los hechos declarados probados de la sentencia de instancia mantenidos en casación ordinaria, salvo en un pequeño extremo que ahora no afecta --, es dable destacar los siguientes:

a) La iniciación a instancia empresarial, en fecha 20-abril-2012, de un periodo de consultas con el fin de alcanzar un posible acuerdo con la representación de los trabajadores, invocando causas económicas, sobre modificación sustancial de condiciones de trabajo (incremento de jornada y reducción salarial del 30%), inaplicación del Convenio de empresa y extinción de 91 posiciones de trabajo; la celebración de tres reuniones conjuntas los días 20-abril, 26-abril y 3-mayo-2012, con propuesta en esta última por parte de la representación de los trabajadores de someter a Asamblea la propuesta empresarial y con convocatoria, ese mismo día (3-mayo-2012), por el Comité Intercentros, de una huelga indefinida a partir del día 8-mayo-2012; la realización, el día 6-mayo-2012, de la Asamblea de trabajadores, que rechazó la propuesta de la empresa y secundó la convocatoria de huelga indefinida propuesta por el Comité; y la decisión empresarial, en la reunión de fecha 8-mayo-2012, de dar por finalizado el periodo de consultas.

b) La referida convocatoria el día 3-mayo-2012 por parte del Comité Intercentros de una huelga indefinida a efectuar a partir del día 8-mayo-2012, siendo, entre otros, los motivos de la huelga los recortes salariales, el recorte de personal y el aumento de jornada; la huelga comenzaría efectivamente dicho día 8-mayo-2012.

c) El inicio de un nuevo procedimiento de despido colectivo y consiguiente periodo de consultas a instancia de la empresa y anunciado por ésta el día 9-mayo-2012, esta vez para extinguir los contratos de trabajo de la totalidad la plantilla de los 358 trabajadores en los dos centros de Araba (Vitoria-Gasteiz y Urbina), por alegadas razones productivas y económicas.

d) La decisión final empresarial, fundada exclusivamente en causas económicas, adoptada el día 18-junio-2012, -- la ahora impugnada --, consistente en el cierre de los dos centros de Vitoria-Gasteiz y Urbina y la extinción de los contratos de toda la plantilla, según un calendario estimado con finalización el 31-diciembre-2012.

e) La inexistencia de variación en la situación económica, financiera y productiva de la empresa entre el 20-abril-2012 y el 15- mayo-2012.

f) La extinción, hasta la fecha del juicio oral (18-septiembre-2012), de los contratos de 178 personas, de las que 174 habían secundado la huelga y la permanencia en la empresa de 177 personas, de las que 37 continuaban secundando la huelga y 140 o bien la habían abandonado en el mes de julio o bien no la habían iniciado. Además, del total de las 178 extinciones contractuales que la empresa había comunicado individualmente hasta el día del juicio oral, un total de 97 (el 54,94 %) correspondían a trabajadores afiliados a ELA que no es el sindicato mayoritario en la empresa, siendo la segunda fuerza sindical por su representación en el Comité Intercentros; y, además, los despidos efectuados hasta la referida fecha estaban afectando a la producción normal de la empresa, al producirse en secciones relevantes, como la de corte, habiendo tenido la empresa que movilizar a trabajadores de otras secciones para cubrir esos puestos.

g) La empresa tiene otros dos centros de trabajo, uno en Laracha (A Coruña) y otro en Orense, y, siendo la situación económica debatida la global de la empresa, no consta adopción empresarial de medida alguna que afecta a tales centros.

La demanda origen del presente procedimiento, se formula por la Confederación Sindical ELA (" Euzko Langilleen Alkartasuna ") y el Comité Intercentros de la empresa "CELSA ATLANTIC, S.L.", ante la Sala de lo Social del TSJ/País Vasco, impugnando el despido colectivo efectuado por la empresa en fecha 18-junio-2012 por alegada causa económica y que afectaba a la totalidad de la plantilla de dos centros de trabajo, los ubicados en Vitoria-Gasteiz (301 trabajadores) y en Urbina (57 trabajadores); instando los demandantes la nulidad de la decisión empresarial o, subsidiariamente, la declaración de no ser ajustada a derecho, alegando, además de

diversos motivos de forma y de fondo (irregularidades en el periodo de consultas, ausencia de situación económica negativa, ausencia de proporcionalidad en la medida adoptada, actuación contra los propios actos y fraude de ley), la vulneración de los derechos fundamentales de huelga y de libertad sindical.

La sentencia de instancia ahora recurrida en casación ordinaria ( STSJ/País Vasco 9-octubre-2012 -autos 13/2012), tras desestimar las excepciones procesales opuestas por la empresa sobre falta de legitimación activa del Comité Intercentros y del Sindicato demandantes (lo que ya no se cuestiona en el presente recurso de casación), tras analizar las violaciones de derechos fundamentales denunciadas, declaró " la nulidad del despido colectivo impugnado por vulnerar los derechos fundamentales de huelga y libertad sindical y condenando a la empresa demandada a estar y pasar por esta declaración ".

Destacar que, como reflexión conjunta y final a ambas vulneraciones de derechos fundamentales, la Sala de instancia entendía que la decisión empresarial " ha sido adoptada ... por causas económicas y no productivas o de organización. En este sentido, sorprende que la drástica medida adoptada del cierre de dos centros de trabajo se haya adoptado en relación con las dos plantas de Araba, sin que conste medida alguna en aquellos dos centros de Laracha y Orense, y ello pese a que la situación económica que hemos calificado de complicada es general para toda la empresa " y que " Esta reflexión final no hace sino reforzar el convencimiento de que la medida extintiva de todos los contratos de trabajo de los centros de Vitoria-Gasteiz y Urbina, que suponen su cierre, constituye una vulneración de los dos derechos fundamentales referidos de huelga y libertad sindical y una directa respuesta a la decisión colectiva de secundar una huelga indefinida a partir del día 8 de mayo tras el fracaso de las negociaciones tendentes a modificar condiciones de trabajo y a amortizar 91 puestos de trabajo en los centros de Araba ".

## II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

Las esenciales discrepancias jurídicas respecto a la solución adoptada en la sentencia mayoritaria son las siguientes:

1ª- Cabe entender que la sentencia mayoritaria parte, se construye y resuelve sobre un dato fáctico inexistente, por lo que juzga una decisión empresarial nunca tomada : " la ampliación del despido colectivo ya en curso, con propósito de llevar a cabo la extinción de los contratos de trabajo de la totalidad de la plantilla de los referidos centros de trabajo de Vitoria y Urbina ".

Una cosa es, entiendo, -- salvo interpretación errónea por mi parte --, que la empresa quizá pretendiera, con el anuncio real de una serie de drásticas medidas, como, entre otras, la decisión de extinción de los contratos de la totalidad de la plantilla de dos centros de trabajo y el derivado cierre de los mismos, el lograr, como mínimo, un acuerdo para la extinción de los 91 puestos de trabajo y de las otras medidas anunciadas en un anterior procedimiento de despido colectivo finalizado sin decisión empresarial, como incluso parecen presumir los demandantes; y, otra cosa es que formalmente se iniciara, como parece interpretar la sentencia mayoritaria, un nuevo procedimiento de despido colectivo con la finalidad de ampliar o de convertir, conservando válidamente las medidas anunciadas en el primero de ellos o, en definitiva, como afirma dicha sentencia, para " la ampliación del despido colectivo ya en curso ; lo que aun sin la incidencia de la huelga realizada no es legalmente posible, como veremos.

Tal afirmación, sobre la " real " existencia de la decisión empresarial de " la ampliación del despido colectivo ya en curso", se deduce y reitera en múltiples apartados de la sentencia mayoritaria.

Entre otros, en el resumen de los hechos declarados probados que formula dicha sentencia en su FD.1.º.II.g), señala expresamente que " g) al día siguiente del inicio de la huelga, el 9 de mayo de 2012, la dirección de la empresa acordó abrir un nuevo periodo de consultas con el referido órgano de representación laboral en el que la decisión sometida a consideración y negociación era la ampliación del despido colectivo ya en curso, con propósito de llevar a cabo la extinción de los contratos de trabajo de la totalidad de la plantilla de los referidos centros de trabajo de Vitoria y Urbina (HP 6.º) " (los subrayados son nuestros).

No obstante, del referido HP 6.º de la sentencia de instancia, transcrito en los antecedentes de la sentencia mayoritaria, no parece deducirse tal dato; constando, sin embargo, que " El 9 de mayo de 2012 la empresa Celsa Atlantic, S.L. remitió al Presidente del Comité Intercentros carta por medio de la que se le convocaba a una reunión a celebrar el día 15 de mayo con un único punto en su Orden del Día, a saber: Comunicación y entrega de la documentación relativa a la apertura del periodo oficial de consultas para la extinción de los contratos de trabajo de la totalidad de la plantilla de los centros de trabajo de Vitoria-Gasteiz y Urbina ...".

Además, si acudimos directamente a los documentos aportados por la empresa en los que se basa el referido HP, -- entre otros, al impreso de comunicación de expediente de regulación de empleo (obrante a folios 1903 a 1906), a la memoria explicativa de las causas de la solicitud (obrante a folios 1888 a 1902) y al escrito dirigido por la empresa, a través de un Gabinete de Abogados, a la Delegación Territorial de Álava del Departamento de Empleo y Asuntos Sociales del Gobierno Vasco para que se tuviera por iniciado el



procedimiento de despido colectivo (obrante a folios 1907 a 1909) --, en ninguna ocasión se hace referencia a que dicho ulterior procedimiento consista, directa o indirectamente, en una " ampliación del despido colectivo ya en curso ".

Pero aunque hipotéticamente se entendiera que lo que se efectúa en la sentencia mayoritaria es la consecuencia de la interpretación de unos hechos, ni siquiera tal versión, entiendo, se puede deducir de las diversas actas del periodo de consultas (obrantes a folios 352 a 365), ni de la demanda (sin perjuicio de las presunciones ya dichas para forzar un acuerdo menos drástico), ni de lo debatido en el acto del juicio, ni de la sentencia de instancia, ni del recurso interpuesto por la parte empresarial ni de su impugnación por la parte actora, ni del informe del Ministerio Fiscal.

La sentencia mayoritaria, por tanto, se construye sobre el dato de la decisión de elevación o de ampliación del despido colectivo ya en curso, lo que se ha indicado no parece acorde con el relato fáctico, y así se afirma y razona reiteradamente en dicha sentencia, " reinterpretando " incluso la sentencia de instancia. Así, entre otros, se formulan los siguientes razonamientos sobre el cuestionado extremo:

a) " Interesa precisar que esta decisión de la instancia comporta la nulidad total del despido colectivo impugnado, y no la nulidad parcial del acuerdo empresarial de ampliación o elevación (de 91 a 358) del número de los trabajadores afectados por el despido colectivo, a raíz de la declaración y convocatoria huelga indefinida " (FD 3<sup>a</sup>.I);

b) " Según la misma sentencia impugnada, los indicios de lesión del derecho de huelga aportados por las partes demandantes no han sido contrarrestados o neutralizados, como ordena el citado artículo 181.2 LRJS, mediante prueba suficiente de causas sobrevenidas ajenas a la declaración de huelga, que pudieran justificar la ampliación del número de trabajadores afectados por el despido colectivo " (FD 3.º.III);

c) al rechazar una de las revisiones fácticas instadas por la empresa en su recurso, sobre la existencia de un previo anuncio reflejado en la prensa sobre el posible cierre de los centros de trabajo, lo justifica la sentencia mayoritaria entendiéndolo que "... el motivo no merece favorable acogida por varias razones. En primer lugar, porque tal noticia de prensa es indicativa de la percepción empresarial de la gravedad de su situación económica, pero no explica ni justifica por sí sola el cambio de la decisión de la dirección sobre el alcance numérico del despido colectivo " (FD 5.º.III);

d) igualmente, cuando se rechaza la pretendida adición fáctica empresarial tendente a que constara como probado que entre los motivos de la huelga estaba la " amenaza de cierre ", se rechaza por la sentencia mayoritaria argumentando que " lo cierto es que el pasaje añadido carece de trascendencia, por las mismas razones de fondo que el motivo anterior, para modificar la convicción reflejada en la sentencia de instancia sobre la causa de la decisión empresarial de elevar el número de trabajadores afectados por el despido colectivo, en el corto espacio transcurrido desde el 20 de abril de 2012 hasta el 18 de junio del mismo año " (FD 5.º.IV);

e) se utiliza en la sentencia mayoritaria el término " elevación del número de trabajadores afectados por el despido colectivo ", -- no empleado ni siquiera en el motivo 4.º del recurso empresarial ni en su argumentación, en el que se destaca precisamente que " El 9 de mayo la empresa convoca al comité intercentros para el inicio del único expediente de regulación de empleo extintivo que tramita a partir del 15 de mayo. Este expediente se fundamenta en las cuantiosas pérdidas acumuladas por la empresa y por el grupo en tres años y la rentabilidad negativa del negocio industrial de los centros alaveses " --, y relatando la sentencia mayoritaria, partiendo de la real existencia de tal decisión de elevación, que " Procede por tanto - sigue el argumento del recurso - imputar a la crisis de la empresa y no a la huelga convocada la elevación del número de trabajadores afectados por el despido colectivo ; de donde se desprendería en conclusión - de nuevo, según la empresa recurrente - que la sentencia de instancia ha aplicado de manera incorrecta el precepto del artículo 181.2 LRJS sobre distribución de la carga de la prueba, y en consecuencia ha apreciado indebidamente vulneraciones de los derechos fundamentales reconocidos en los artículos 28.1 y 2 CE " (FD 6.º.II);

f) para resolver las cuestiones de fondo, destaca la sentencia mayoritaria que la primera a resolver es la consistente en valorar esa conducta empresarial de elevar el número de trabajadores afectados, es concreto que " parece oportuno seguir un determinado orden lógico, que es el siguiente: 1.º) la valoración de la conducta de la empresa de elevar el número de trabajadores afectados por el despido colectivo desde el punto de vista del respeto al derecho de huelga de los trabajadores; 2.º) en el supuesto de apreciarse vulneración del mismo, la valoración del contenido y el alcance de la nulidad (total o parcial) de dicha actuación empresarial ; ..." (FD 6.º.IV);

g) cuando la referida sentencia entra a resolver sobre el fondo, con relación a la alegada vulneración del derecho de huelga, -- dividiendo, a mi juicio, una decisión empresarial única de despido colectivo de la totalidad de las plantillas de dos centros de trabajo y el derivado cierre de los mismos --, parece querer distinguir entre una decisión empresarial inicial previa a la huelga que afectaría a 91 trabajadores y una decisión empresarial posterior a la declaración de huelga, la que denomina de ampliación o de elevación, que afectaría al resto de trabajadores hasta el total de 358, limitando respecto a esta última la vulneración de derecho de huelga. Afirmándose que " parece muy evidente, a la vista de la cronología de los hechos, la vinculación o conexión causal entre la

declaración y convocatoria de la huelga acordadas por el comité intercentros y la reacción empresarial de convertir el despido colectivo de parte de la plantilla en el despido colectivo de la totalidad de los empleados ", que " el indicio de que la elevación del número de trabajadores despedidos es una medida de retorsión lesiva del derecho de huelga ejercitado es tanto más consistente cuanto que el acuerdo empresarial de cierre definitivo de los centros afectados se produjo consecutivamente, sin lapso de tiempo intermedio, al día siguiente del comienzo de la huelga declarada " (FD 7.º.II), que " Todos estos hechos y circunstancias no han sido desvirtuados por la empresa en la argumentación del escrito del recurso, donde ... se omiten las explicaciones y acreditaciones legalmente exigidas respecto de la concurrencia de nuevas causas o circunstancias objetivas (económicas, técnicas, organizativas o de producción) que pudieran justificar la conversión de la propuesta de despido colectivo parcial de 20 de abril de 2012 en el cierre o despido colectivo total de 18 de junio de 2012 " (FD 7.º.III) y que " No cabe, por tanto, de acuerdo con las previsiones de la ley, una actuación empresarial en dicho período de consultas conducente no a la evitación o reducción sino a la elevación del número de trabajadores despedidos " (FD 7.º.IV); así como que " La conclusión resultante de todo ello no puede ser otra que la declaración de nulidad de la conducta empresarial, adoptada en la fecha ya señalada de 18 de junio de 2012 [debe ser 2012], de elevación del número de trabajadores afectados por el despido colectivo " (todos los subrayados son nuestros); y

h) finalmente en el FD 8.º, al que a continuación nos referiremos, insiste en distinguir entre la decisión empresarial inicial previa a la huelga que afectaría a 91 trabajadores y una decisión empresarial posterior a la declaración de huelga, la que denomina de ampliación o de elevación, intentando justificar la existencia separada de la primera.

Partiendo la sentencia mayoritaria de la real existencia de ese decisión empresarial nunca tomada de " ampliación del despido colectivo ya en curso ", concluye, en su fallo, respecto a la nulidad por vulneración del derecho fundamental de huelga que " la conducta de la empresa de elevar el número de trabajadores afectados por el despido colectivo ha incurrido en vulneración del derecho de huelga de los trabajadores ".

2.º- La sentencia mayoritaria intenta " independizar " un acuerdo empresarial que tampoco llegó nunca a adoptarse tras finalizar el periodo de consultas en un anterior procedimiento de despido colectivo, dándole plena validez a efectos de entender procedentes una serie de despidos en aquel inicial procedimiento planteados y sin precisar si se trataba de unos despidos meramente anunciados o propuestos o bien ya efectivamente realizados o acordados.

La sentencia mayoritaria, -- posiblemente para intentar dar contenido a ese referido acuerdo empresarial inicial que, entiendo, no llegó nunca a adoptarse tras finalizar el periodo de consultas en un anterior procedimiento de despido colectivo --, crea y mezcla, especialmente en sus FD 8.º y 10.º.I, las figuras que va denominado, unas u otras veces, del despido " anunciado ", o del despido " colectivo parcial acordado el 20 de abril ", o del despido colectivo parcial " acordado inicialmente", o del despido colectivo parcial " anunciado " en el inicial periodo de consultas, o del despido colectivo parcial " fijado " en la fase del procedimiento desarrollada con anterioridad; o bien efectuado referencias a " la iniciativa o inicial decisión de despido colectivo parcial fue ampliada a la totalidad de los trabajadores de los centros afectados ", o a la " declaración de validez del despido colectivo parcial, que injustificadamente amplió luego ", o a la " decisión inicial anterior de proceder al despido colectivo parcial", o a los " nuevos despidos que se añaden a los que ya tenía el propósito de realizar a causa de la situación económica de la empresa", o a los efectos no retroactivos de la lesión de un derecho fundamental que " carece obviamente de efectos retroactivos sobre las conductas anteriores adoptadas por el empresario infractor ", o a los " 91 despidos que conformaban la decisión inicial " (FD 10.º.I).

Según el DRAE, los referidos términos no son todos ellos sinónimos y tiene, como regla, además una significación claramente distinta; y, así, entre otras acepciones: a) " anunciar " es " dar noticia o aviso de algo; publicar, proclamar, hacer saber " o " pronosticar "; b) " acordar " es " determinar o resolver deliberadamente "; c) " fijar " es " hacer fijo o estable algo " o " determinar, limitar, precisar, designar de un modo cierto "; d) " propósito " es " ánimo o intención de hacer o de no hacer algo "; y e) " adoptar " es " tomar resoluciones o acuerdos con previo examen o deliberación ".

Partiendo, por tanto, la sentencia mayoritaria de la real existencia de ese acuerdo inicial, concluye que la nulidad por vulneración del derecho fundamental de huelga " no afecta a los 91 despidos anunciados en el primer periodo de consultas, sino al acuerdo empresarial de ampliar la decisión extintiva colectiva a los restantes puestos de trabajo de los centros de Vitoria y Urbina afectados ", con una fórmula difícil de interpretar, entiendo, pues, a pesar de reconocer que no había existido decisión empresarial de despedir en ese primer procedimiento de despido colectivo, se salva de los efectos de la vulneración del derecho fundamental de huelga la validez del mero anuncio de despido como si de despido efectivo se tratara.

Por otro lado, de lo que igualmente manifiesto mi disconformidad jurídica, -- a mi juicio y con el mayor respecto a las opiniones reflejadas en la sentencia mayoritaria --, la sentencia mayoritaria divide artificialmente el periodo de consultas que debe considerarse un todo dado su esencial contenido y finalidad (y no válido en una

parte y viciado de nulidad radical por vulneración del derecho de huelga en otra parte) y la propia situación económica global de la empresa, afirmando que " concurren en el caso las causas económicas de despido colectivo respecto del despido parcial de 91 trabajadores no afectado de nulidad " (FD 12.º).

Por otra parte, -- de lo que también discrepo jurídicamente por la contradicción que comporta, derivada de la distinción artificial de una única decisión tomada y exclusivamente impugnada en dos decisiones construidas como separadas y nunca realmente adoptadas --, posteriormente, la sentencia mayoritaria aunque señala en el fallo que " la nulidad consiguiente a la declaración anterior no afecta a los 91 despidos anunciados en el primer período de consultas ", resulta que, salvo error, es por primera vez en el fallo, cuando se indica que dichos despidos parciales de efectuaron por la empresa el 18-junio-2012, al decretarse que " al concurrir en el caso las causas económicas alegadas por la empresa respecto de la decisión inicial de despido colectivo parcial, se declara conforme a derecho dicho acuerdo de despido de 91 trabajadores adoptado por la empresa demandada en su comunicación de 18 de junio de 2012 ", cuando antes señalaba en sus fundamentos de derecho la existencia de un despido el día 20-abril-2012 (" una cosa han sido la decisión extintiva colectiva adoptada el 18 de junio de 2012 o el 20 de abril anterior ..." - FD 9.º.III).

Recuérdese, por otra parte, que el repetido día 20-abril-2012 es cuando se inicia el periodo de consultas en un primer procedimiento de despido colectivo para debatir e intentar llegar a un acuerdo respecto, entre otras medidas, a un despido colectivo, cuyo periodo de consultas concluye el día 8-mayo-2012, con la expresa decisión empresarial de darlo por finalizado, sin que conste tras ello la adopción empresarial de medida alguna derivada de tal procedimiento..

**3-** La sentencia mayoritaria, sin petición de parte, interrelaciona dos procedimientos de despido colectivo, - como se ha indicado, el primero de ellos concluido sin que el empresario, pudiendo hacerlo, adoptara decisión final alguna sobre las propuestas de negociación formuladas, entre ellas, la del despido de 91 trabajadores de dos centros de trabajo; y el segundo procedimiento, iniciado con posterioridad a la declaración de huelga, y en el que se propone por la empresa el despido de la totalidad de la plantilla de dos centros de trabajo y, en consecuencia, el cierre de los mismos, que concluye por la decisión empresarial extintiva exclusivamente impugnada en este litigio --; y, además, analiza la validez formal y de fondo del primer procedimiento de despido colectivo, sin que tampoco ninguna de las partes lo haya pedido y con reflejo en el fallo, pues la parte actora se limita a pretender la nulidad o no justificación de la decisión empresarial de despido colectivo efectuada el día 18-junio- 2012 o, a la inversa, la parte empresarial, en su impugnación a la demanda y en el recurso, insta exclusivamente que se declare " la inexistencia de vulneración de derechos fundamentales en la decisión de despido colectivo comunicada el 18 de junio de 2012, así como el carácter ajustado a derecho de esta decisión ".

En cuanto a la validez formal del procedimiento de despido colectivo y la regularidad del período de consultas, no se limita la sentencia mayoritaria al examen del únicamente impugnado, en concreto del procedimiento iniciado el día 9-mayo-2012 y concluido el día 18-junio-2012 mediante la decisión empresarial, -- la ahora exclusivamente impugnada --, consistente en el cierre de los dos centros de Vitoria-Gasteiz y Urbina y la extinción de los contratos de toda la plantilla, según un calendario estimado con finalización el 31-diciembre-2012, sino que extiende el análisis judicial de tal regularidad formal, sin que ninguna de las partes lo pida, al procedimiento de despido colectivo iniciado el día 20-abril-2012 y concluido sin decisión empresarial distinta a la de poner fin al periodo de consultas el día 8-mayo-2012 . Así se razona, en el FD 11.º, que << la supuesta insuficiencia de información denunciada no se corresponde con lo que dice el repetidamente citado HP 13.º de la sentencia de instancia, y con lo que se acredita sobre las actuaciones en los períodos de consulta ( el iniciado el 18 de abril y el iniciado el 9 de mayo) en los HP 4.º, 5.º y 6.º. Los propios datos económicos y financieros sobre los que argumenta la demanda con abundancia y detalle en su apartado III desmienten que la información proporcionada fuera insuficiente a los efectos de la negociación prevista en el período de consultas. Al margen de la declaración de vulneración del derecho de huelga ya efectuada, la mala fe de la empresa "en el proceso negociador" de los períodos de consulta tampoco se puede afirmar a la vista de las actuaciones acreditadas, teniendo en cuenta la reseña de distintas propuestas que la empresa llevó a cabo en las tres reuniones del primero y cinco reuniones del segundo períodos de consultas (HP 4.º y 6.º, respectivamente) >>; concluyendo, luego (FD 12ª), con reflejo de ello en el fallo, que " tampoco se han acreditado en el caso infracciones del procedimiento en el período de consultas que pudieran determinar su invalidación ".

**4-** La sentencia mayoritaria al partir de la real existencia de dos decisiones empresariales independientes centra en la segunda de ellas la problemática de la vulneración del DERECHO FUNDAMENTAL DE HUELGA; pero tratándose el impugnado de un procedimiento de despido colectivo único y de una única decisión empresarial final extintiva tras finalizar sin acuerdo el periodo de consultas, entiendo que resulta contraria a la protección del derecho fundamental de huelga (que impide al empresario efectuar durante su ejercicio actos que sin concurrir tal circunstancia le serían posibles) el no extender la nulidad radical por vulneración del derecho fundamental al total procedimiento de despido colectivo impugnado .

La sentencia mayoritaria, a pesar de declarar en su FD 7ª y en su fallo, que " la conducta de la empresa de elevar el número de trabajadores afectados por el despido colectivo ha incurrido en vulneración del derecho de huelga de los trabajadores ", procede a analizar la regularidad formal del procedimiento de despido colectivo iniciado el día 8-mayo-2012, cuando resultaría innecesario por estar viciado en su integridad por la nulidad radical derivada de la vulneración del derecho fundamental.

Lo que efectúa bajo la fórmula, artificiosa, a mi juicio, y que vacía de contenido la protección del derecho fundamental, de dividir entre dos pretendidas decisiones empresariales separadas un único procedimiento de despido colectivo con su periodo de consultas cuyo exclusivo fin, y al que debía ajustarse la negociación global, conforme incluso exclusivamente a las normas de la buena fe negocial, debería ser el concordante con el contenido del anuncio empresarial para su iniciación " para la extinción de los contratos de trabajo de la totalidad de la plantilla de los centros de trabajo de Vitoria-Gasteiz y Urbina ". El objeto y finalidad del periodo de consultas era uno y no dos artificiosamente separados, y tenía por finalidad llegar a un acuerdo sobre la concreta propuesta empresarial única formulada al inicio de tal periodo y respecto de sus posibles modificaciones que pudieran surgir en el curso de las negociaciones. La nulidad radical por vulneración, como mínimo, del derecho fundamental de huelga debería haberse decretado del todo y único existente procedimiento de despido colectivo impugnado incluida la decisión final extintiva adoptada el día 18-junio-2012.

En este sentido, la reciente STS/IV 17-julio-2013 (rcud 2350/2012 ), recaída en un proceso de despido objetivo en el que la parte actora pretendía la nulidad por motivos de forma y de fondo, destaca que " La protección de los derechos fundamentales ha de actuar con carácter prioritario sobre cualquier otra garantía de rango legal, de ahí que al titular del derecho invocado haya de dársele satisfacción mediante un análisis razonado de la afectación que sobre el mismo pueda tener la conducta de la parte demandada, con independencia de que la actuación empresarial se haya ajustado o no las formalidades legales exigidas para llevar a cabo la concreta decisión " y que " De apreciarse que el derecho fundamental había sido conculcado, el ulterior cumplimiento de tales requisitos de forma, que permitiría un nuevo despido objetivo incluso con la misma causa, nunca serviría de satisfacción suficiente a una eventual lesión del aquel derecho ".

Recordemos que la jurisprudencia social, -- en especial, la STS/IV 5-diciembre-2012 (rco 265/2011, Sala General con voto particular) con invocación, entre otras, a las SSTC 11/1981 de 8 de abril, 159/1986, 123/1992, 111/2006 y 33/2011 --, con relación al derecho fundamental de huelga ha declarado, en cuanto ahora más directamente afecta, que: a) " La preeminencia de este derecho produce, durante su ejercicio, el efecto de reducir y en cierto modo anestesiar, paralizar o mantener en una vida vegetativa, latente, otros derechos que en situaciones de normalidad pueden y deben desplegar toda su capacidad potencial . Tal sucede con la potestad directiva del empresario, regulada en el art. 20 ET "; y b) que " la cuestión planteada es una cuestión de límites de un derecho fundamental, en la que, en la relación entre el derecho y su límite posible, el criterio de interpretación debe ser el de la mayor amplitud posible del derecho y la restricción del límite a lo necesario " y que " de tal manera que el derecho de huelga ejercitable puede llegar a ser irreconocible, si se le vacía de su contenido esencial como medio presión constitucionalmente garantizado, y ... la posibilidad de limitar los efectos prácticos del ejercicio del derecho de huelga debe ser interpretada restrictivamente, haciendo prevalecer el criterio de la máxima efectividad del derecho fundamental en juego ".

Al tema ahora debatido cabe entender que afecta también la doctrina sustentada por esta Sala en supuestos en los que se planteó la cuestión si la sustitución interna de trabajadores huelguistas, en apariencia legal y amparada formalmente en el convenio colectivo o en determinados acuerdos colectivos, quebrantaba el derecho de huelga, por constituir un ejercicio abusivo de la potestad de dirección empresarial al manejarse con fines distintos a los previstos en el ordenamiento jurídico y en una situación conflictiva, no como medida objetivamente necesaria para la buena marcha de la empresa sino para desactivar la presión producida por la huelga ( STS/IV 8-mayo-1995 -rco 1319/1994, con invocación de dos anteriores sentencias de 24- octubre-1989 y de la STC 28-septiembre-1992, y en idéntico sentido la STS/IV 8-junio-2011 -rco 144/2010 ). En esta última se destaca que " la actuación empresarial en relación con el ejercicio de la huelga ..., conculcó el derecho a la libertad sindical en que se integra el indicado derecho de huelga, en tanto en cuanto, a partir de la consideración de aquella huelga como legal, se han aportado por la parte actora indicios sobrados de que la actuación empresarial atentaba a tal derecho fundamental, sin que la empresa haya acreditado que su actuación fuera motivada por otras razones por sí mismas justificativas de una actuación completamente ajena a la pretendida vulneración del derecho fundamental ... " ; debiendo destacarse, en cuanto ahora más directamente nos afecta, la afirmación final que efectúa la Sala en el sentido de que " aun aceptando que la empresa estaba facultada de conformidad con lo establecido en el Acuerdo de Desarrollo Profesional para designar a determinados maquinistas para desempeñar las funciones que hasta entonces sólo desempeñaban los mandos intermedios en el AVE Madrid-Barcelona-Madrid, el hecho de que por primera vez lo hiciera en los días de huelga ... no puede aceptarse como causa de justificación ante un supuesto atentado a los derechos fundamentales que se denuncian como infringidos".

Entiendo, en cuanto ahora nos ocupa, y en aplicación de la doctrina expuesta, que aunque la empresa pudiera tener causas económicas suficientes para poder extinguir objetivamente la totalidad o una parte de los

contratos de trabajo de su plantilla no podría efectuarlo, ni en todo ni en parte, durante el ejercicio del derecho de huelga, puesto que, como se ha indicado, produce " durante su ejercicio, el efecto de reducir y en cierto modo anestesiar, paralizar o mantener en una vida vegetativa, latente, otros derechos que en situaciones de normalidad pueden y deben desplegar toda su capacidad potencial. Tal sucede con la potestad directiva del empresario, regulada en el art. 20 ET ".

La única medida empresarial existente, y única impugnada, está desprovista de otro fin conocido que el de sancionar el ejercicio por la parte actora de su derecho fundamental de huelga, vaciándole de su contenido esencial como medio de presión constitucionalmente garantizado; sin que sea dable " trocear " la decisión empresarial vulneradora de tal derecho para intentar reducir los efectos de la exigible declaración de nulidad radical de la misma.

Conforme a la referida jurisprudencia, -- que exige, además, una interpretación de los límites del derecho en que prevalezca el criterio de la máxima efectividad del derecho fundamental en juego --, la conclusión jurídica debe ser la de que queda comprometido este derecho de huelga, pues, ante tal colisión de derechos, no cabe justificar actos empresariales desproporcionados o drásticos que puedan limitar el ejercicio del derecho de huelga bajo el pretendido amparo del ejercicio de las facultades organizativas del empleador, las que, por la preeminencia del derecho de huelga, quedan reducidas durante el ejercicio de éste; debiendo prevalecer la tutela del derecho fundamental frente a los actos contrarios a su ejercicio y resultando que, en tales circunstancias, la insuficiencia de la prueba aportada por la empresa trasciende el ámbito puramente procesal y determina, en último término, que los indicios aportados por la parte demandante desplieguen toda su operatividad para declarar la lesión del propio derecho fundamental, por lo que procedería haber concluido que, mediante la única decisión empresarial existente e impugnada efectuada en fecha 18-junio-2012, se ha efectuado por la empresa una vulneración del derecho fundamental de huelga ( arts. 1.1, 7, 9.2 y 28.2 CE ); pues, además, como afirmamos en nuestra STS/IV 5-diciembre-2012, " no cabe el uso de las prerrogativas empresariales, aún amparadas en la libertad de empresa, para impedir la eficacia del derecho de huelga, y ello por la propia naturaleza de este derecho y también del de libertad de empresa que no incorpora a su contenido facultades de reacción frente al paro ".

**5-** La sentencia mayoritaria no entra a valorar la circunstancias de que la vulneración del DERECHO DE LIBERTAD SINDICAL denunciada pudiera afectar directamente al sindicato demandante como señala la sentencia de instancia en su conclusión global antes transcrita y que el reflejo en la posterior conducta empresarial al hacer efectivo el despido individualizadamente en trabajadores concretos afiliados a dicho Sindicato, si bien es un acto posterior, contribuye a justificar la existencia de indicios de vulneración del derecho fundamental .

Entendiendo, como se razona en la sentencia de instancia, que mediante la actuación empresarial en el único procedimiento de despido colectivo impugnado se ha producido una vulneración del derecho de libertad sindical, ligado además al derecho de huelga, con las matizaciones expuestas sobre las vulneraciones individuales y aceptando su no reflejo individual en la sentencia colectiva (dada la aplicable regulación del entonces vigente art. 124 LRJS ), por lo que en este punto debería haberse también confirmado la sentencia de instancia; si bien no se incide en este extremo, puesto que la vulneración acreditada del derecho de huelga es suficiente para llegar a la conclusión de nulidad íntegra y radical del despido colectivo impugnado.

Simplemente una reflexión sobre la posible incidencia de tal decisión en la interpretación del entonces vigente art. 124.11.b) LRJS sobre el proceso de impugnación individual de la extinción del contrato de trabajo ("... Si una vez iniciado el proceso individual se plantease demanda por los representantes de los trabajadores contra la decisión empresarial a tenor de lo dispuesto en los apartados anteriores, aquel proceso se suspenderá hasta la resolución de la demanda formulada por los representantes de los trabajadores, que una vez firme tendrá eficacia de cosa juzgada sobre el proceso individual en los términos del apartado 3 del artículo 160 "); pues, salvo que se interprete, a pesar del tenor literal del precepto que se refiere a la suspensión global, que, en ese extremo de vulneración del derecho de libertad sindical (o de otros derechos fundamentales no denunciados o no ejercitables en el proceso de despido colectivo) afectados por la decisión aplicativa individual del despido colectivo, no debe quedar suspendido el proceso individual de despido a la espera de resolución del despido colectivo al no afectarle en este extremo, resulta que, en caso contrario, podría quedar paralizado el proceso individual en que se denuncia la vulneración de un derecho fundamental; lo que sería incompatible con los caracteres de sumariedad y preferencia en la tramitación del proceso de amparo judicial ordinario de derechos fundamentales ( art. 53.2 CE ), que es la finalidad a la que responde tal proceso de impugnación de despido -colectivo o individual- que no puede ejercitarse a través de la modalidad procesal de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas pero que debe gozar de idénticas garantías ( arts. 178.2 y 184 LRJS ).

**6-** No se puede compartir la afirmación contenida en la sentencia mayoritaria consistente en que " quien acuerda el despido colectivo de toda la plantilla no puede incurrir en discriminación por razones sindicales respecto de los trabajadores incluidos en la misma " (FD 9.º.VI).

Dado que la decisión impugnada consiste en el cierre de los dos centros de Vitoria-Gasteiz y Urbina y la extinción de los contratos de toda la plantilla, según un calendario estimado con finalización el 31-diciembre-2012, resulta, de aplicarse la tesis sustentada en la sentencia mayoritaria, difícil entender que si hipotéticamente la empresa despidiera el primer día a todos los trabajadores afiliados a un concreto sindicato, y a los trabajadores de los demás sindicatos los últimos días, sin que mediaran circunstancias objetivas justificativas de tal ejercicio de la facultad empresarial, no pudiera hablarse de vulneraciones del derecho de libertad sindical. La propia sentencia mayoritaria remite con tal fin a los procesos individuales.

7- Aunque hipotéticamente se prescindiera de la incidencia de los derechos fundamentales denunciados como vulnerados, y se atendiera exclusivamente a la legalidad ordinaria, la sentencia mayoritaria posibilita una pretendida ampliación, transformación o conversión de un procedimiento de despido colectivo finalizado sin que tras su conclusión el empresario adopte decisión alguna, mediante su integración en otro posterior, lo que no parece estar previsto legalmente hasta la fecha .

Dada la fecha de los hechos, la normativa vigente sobre despidos colectivos estaba integrada por el Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (BOE 11-02-2012, en vigor desde el 12-02-2012 -DT 16<sup>a</sup>), desarrollada en materia de procedimientos de despidos colectivos, -- dejando aparte la Orden ESS 487/2012, de 8 de marzo, de legalidad cuestionable, como analizó la STS/IV 27-mayo-2013 (rco 78/2012, Sala General); y en base a la DA 15<sup>a</sup>.2 RDL 3/2012 --, así como por el Real Decreto 801/2011, de 10 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos, que estuvo en vigor hasta el día 31-10- 2012, fecha en que entró en vigor el Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada (BOE 30-10-2012).

Trascurrido el periodo de consultas, con acuerdo o sin acuerdo, es ahora el empresario (y no la Administración laboral) quien debe tomar la concreta decisión de despedir o de no despedir, efectuando las correspondientes comunicaciones a organismos públicos, representantes de los trabajadores y trabajadores afectados, y si no lo hace el procedimiento concluye y no se reabre, sin perjuicio en su caso de que se pudiera iniciar otro procedimiento de despido colectivo.

Así, en el en tal fecha aplicable art. 51.2.IX y 4 ET (en redacción dada por el Real Decreto-ley 3/2012), se preceptuaba que " 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 " y que " Comunicada la decisión a los representantes de los trabajadores, el empresario notificará los despidos individualmente a los trabajadores afectados en los términos establecidos en el artículo 53.1 de esta Ley ". Asimismo, en lo no derogado por el citado RDL 3/2012, disponía el aplicable art. 11.4 del Real Decreto 801/2011, que " A la finalización de período de consultas, el empresario comunicará a la autoridad laboral competente, en el plazo de cinco días, la solicitud final de despido colectivo que realiza y las condiciones del mismo, junto con el resultado del período de consultas, acompañado del acta o actas a que se refiere el último párrafo del apartado 2 y, en su caso, el informe a que se refiere el artículo 8, párrafo e). Asimismo, deberá comunicar el contenido definitivo del plan de acompañamiento social y, en su caso, de las medidas a aplicar, según lo dispuesto en el apartado 1" y que " Si transcurrido el plazo fijado para el período de consultas no se hubiera recibido la comunicación a que se refiere este apartado en el indicado plazo de cinco días, se producirá la terminación del procedimiento por desistimiento del empresario y la autoridad laboral procederá, sin más trámite, a declararlo así, con notificación a los interesados".

Actualmente, -- no siendo aplicable a este litigio --, el último párrafo del art. 51.4 ET (redactado por el reciente Real Decreto-ley 11/2013, 2 agosto), dispone que " Si en el plazo de quince días desde la fecha de la última reunión celebrada en el periodo de consultas, el empresario no hubiera comunicado a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral su decisión sobre el despido colectivo, se producirá la caducidad del procedimiento de despido colectivo en los términos que reglamentariamente se establezcan ", con lo que se da rango legal a la previsión ya contenida en el art. 12.1 y 4 del Real Decreto 1483/2012, en el que ya se contemplaba reglamentariamente que " A la finalización del periodo de consultas, el empresario comunicará a la autoridad laboral competente el resultado del mismo ... La comunicación que proceda se realizará como máximo en el plazo de quince días a contar desde la fecha de la última reunión celebrada en el periodo de consultas " y que " Transcurrido el plazo a que se refiere el apartado 1 sin que el empresario haya comunicado la decisión de despido colectivo indicada en dicho apartado, se producirá la caducidad del procedimiento de despido colectivo, lo que impedirá al empresario proceder conforme a lo señalado en el artículo 14, sin perjuicio, en su caso, de la posibilidad de iniciar un nuevo procedimiento ".

La empresa demandada podría haber tomado la decisión de despedir objetivamente a 91 trabajadores o a los que estimara oportunos dentro del límite de lo planteado en el procedimiento de despido colectivo iniciado el día 20-abril-2012 y una vez finalizado el periodo de consultas sin acuerdo el día 8-mayo-2012, pero no tomó

decisión extintiva alguna pudiendo haberla efectuado en el plazo de los cinco días siguientes, -- incluso, lo que en este punto no se cuestiona, quizá sin posible incidencia en la vulneración del derecho fundamental --, pero no lo hizo, por lo que el procedimiento terminó por desistimiento del empresario.

La sentencia mayoritaria, entiendo, no puede subsanar la falta o ausencia de tal decisión empresarial extintiva al concluir el primer procedimiento de despido colectivo, considerándola como existente o latente o integrada en el posterior procedimiento, cuando, además de no tener soporte normativo, no se pide por las partes, ni siquiera por la empresa en su recurso.

8- La sentencia mayoritaria parece variar, sin motivación, la reiterada doctrina jurisprudencial declarativa de que " el ámbito de apreciación de las causas económicas es la empresa o unidad económica de producción, mientras que el ámbito de apreciación de las causas técnicas, organizativas o de producción es el espacio o sector concreto de la actividad empresarial en que ha surgido la dificultad que impide su buen funcionamiento ", puesto que el despido colectivo acordado se fundamenta empresarialmente en causas exclusivamente económicas que afectan a la totalidad de la empresa y, a pesar de que la misma tiene cuatro centros de trabajo, no consta en los hechos probados de la sentencia de instancia (en extremos cuya adición no ha pretendido la empresa en casación) que los otros dos centros estén afectados por medida alguna; y sobre lo que no se efectúa valoración alguna en la sentencia mayoritaria en relación con la drástica medida de despido de la totalidad de la plantilla de los otros dos centros de trabajo objeto de este litigio y cuya trascendencia, a los efectos de determinar la vulneración de los derechos fundamentales, se ponía de relieve en la sentencia de instancia .

La sentencia mayoritaria, con alegado fundamento procesal en el art. 215.c) LRJS entra a conocer de las causas económicas esgrimidas por la empresa para proceder a los despidos colectivos. Concluye que en la fecha de la demanda, concurría en la empresa demandada la causa económica contemplada y definida en la Ley ( art. 51.1.II ET ).

Sobre este extremo, entiendo, habría sido precisa incluso una motivación reforzada, pero ni siquiera a través del que denomina la sentencia mayoritaria " juicio de adecuación " se contiene justificación alguna sobre la aplicación de tal juicio al caso concreto, y se concluye directamente afirmándose la adecuación de la medida empresarial sobre una parte de los trabajadores afectados.

Lo anterior a pesar de que tratándose de un despido colectivo por causas estrictamente económicas que afectan globalmente a toda la empresa, y de que la empresa tiene otros dos centros de trabajo, uno en Laracha (A Coruña) y otro en Orense, y no constando adopción empresarial de medida alguna que afecte a tales centros, expresamente no incluidos por el procedimiento de despido colectivo, como quedó constancia en el acto del juicio. No obstante, sobre esa cuestión no se efectúa referencia ni valoración alguna en la sentencia mayoritaria ni se relaciona con la drástica medida de despido de la totalidad de la plantilla de los otros dos centros de trabajo objeto de este litigio y cuya trascendencia, a los efectos de determinar la vulneración de los derechos fundamentales, se ponía expresamente de relieve en la sentencia de instancia.

Desde antiguo, es reiterada doctrina de esta Sala, como recuerda la STS/IV 14-mayo-1998 (rcud 3539/1997 ), que para declarar procedencia despido objetivo por causas económicas la situación económica negativa debe afectar a la empresa en su conjunto, destacando que << a) La existencia de una "situación económica negativa" comporta, para la determinación de su concurrencia, la valoración del estado económico de la empresa en su conjunto . Suministra argumentos en favor de esta conclusión la STS/IV 24-IV-1996 (recurso 3543/1995 ) al exigir que la situación económica negativa sea importante, o mejor, suficiente o trascendente, pues como señalaba en relación al concreto supuesto en ella enjuiciado, "la situación económica negativa de la empresa es mas que suficiente a los fines comentados, puesto que las pérdidas sufridas por ésta son elevadas"; b) Deben compararse, en consecuencia, beneficios y pérdidas a nivel global empresarial y no separadamente por centros o secciones, pues, en sentido contrario, tampoco sería defendible que si la empresa estuviera en trascendente situación económica negativa a nivel global no pudiera, en ningún caso, adoptar medidas extintivas adecuadas que afectaran a los trabajadores que prestaran sus servicios en los centros o secciones de aquélla que aisladamente pudieran generar ganancias o no estar en concreta situación económica negativa; c) La situación económica negativa, suficiente o trascendente, ha de afectar, por ende, a la empresa en su conjunto o globalidad, lo que no posibilita en este ámbito económico la disgregación de la empresa en secciones o centros separados . Así es dable deducirlo también de una interpretación del precepto acorde: 1) tanto con la exigencia de justificar mediante la concurrencia de la causa económica "la necesidad objetivamente acreditada de amortizar puestos de trabajo" como exige el art. 52.c ET, lo que debe también referirse a la empresa en su conjunto, sin perjuicio de la necesaria conexión entre la situación desfavorable existente en la empresa y los despidos acordados; 2) como con relación a la finalidad de la medida extintiva, pues "precisamente con la adopción de esas medidas extintivas se busca y pretende superar esa situación deficitaria de la entidad y conseguir un adecuado funcionamiento económico de la misma" (argumento ex STS/IV 24-IV-1996 ). En esta línea, la referida sentencia de esta Sala para llegar a la conclusión de que existía el requisito de contradicción entre sentencias señalaba que ambas, la

recurrida y la de contraste, se refieren a la misma empresa y que " las pérdidas tenidas en cuenta a estos efectos son las de la compañía en su conjunto " >>.

En el mismo sentido, entre otras, en la STS/IV 31-enero-2008 (rcud 1719/2007 ), afirmándose que " Es doctrina jurisprudencial reiterada de esta Sala del Tribunal Supremo que el ámbito de apreciación de las causas económicas es la empresa o unidad económica de producción, mientras que el ámbito de apreciación de las causas técnicas, organizativas o de producción es el espacio o sector concreto de la actividad empresarial en que ha surgido la dificultad que impide su buen funcionamiento ( STS 13- 2-2002, rec. 1436/2001 ; STS 19-3-2002, rec. 1979/2001 ; STS 21-7-2003, rec. 4454/2002 ) ". Lo que es seguido, entre otras, en las SSTS/IV 12-diciembre-2008 (rcud 4555/2007 ), 16-septiembre-2009 (rcud 2027/2008 ), 8-julio-2011 (rcud 3159/2010 ) y 31-enero- 2013 (rcud 709/2012 ).

**9-** La sentencia mayoritaria parece rechazar la aplicabilidad del PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD para determinar la existencia de CAUSA JUSTA DEL DESPIDO OBJETIVO, aunque indique que el rechazo lo es en su sentido técnico-jurídico, pretendiendo sustituirlo por el principio de idoneidad en los términos de gestión empresarial.

La sentencia mayoritaria, con invocación de la exposición de motivos de la Ley 3/2012 [debe referirse al preámbulo del RDL 3/2012, vigente en la fecha de los hechos y de similar contenido], entiende que " no corresponde en el derecho vigente a los órganos jurisdiccionales, al valorar las causas de los despidos económicos, efectuar un juicio de proporcionalidad en el sentido técnico-jurídico de la expresión, el cual presupone una valoración del carácter indispensable de la decisión adoptada, sino un juicio de adecuación más limitado, que compruebe la existencia de la causa o causas alegadas, su pertenencia al tipo legal descrito en el artículo 51 ET, y la idoneidad de las mismas en términos de gestión empresarial en orden a justificar los ceses acordados ".

Entiendo que esta interpretación no puede aplicarse de resultar contraria al principio constitucional de proporcionalidad cuando entran en conflicto derechos, valores o intereses dignos de protección, exigible, además, en toda aplicación de medidas restrictivas de los derechos fundamentales -- reiterado en la jurisprudencia constitucional (entre otras, SSTC 62/1982, 13/1985, 66/1995, 55/1996, 207/1996, 151/1997, 175/1997, 200/1997, 37/1998, 177/1998, 18/1999, 187/1999, 186/2000, 34/2010 ) --, para cuya aplicación debe tenerse en cuenta: 1) la finalidad de la medida adoptada; 2) la idoneidad de la medida (aptitud o adecuación de la medida para conseguir la finalidad pretendida); 3) la necesidad de la medida (ausencia de alternativas más moderadas o menos gravosas para la consecución, con igual eficacia, de la finalidad perseguida); y 4) la proporcionalidad en sentido estricto (que la medida sea proporcionada o equilibrada por derivarse de la misma más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto).

Esta ponderación equilibrada y proporcionada de los intereses en juego ante la colisión de dos derechos dignos de protección es la seguida por esta Sala, constituida en Pleno, en su STS/IV 29-noviembre-2010 (rcud 3876/2009 ), seguida, entre otras, por STS/IV 16-mayo-2011 (rcud 2727/2010 ), en las que se afirma que " Aparte de resultar -en el caso- la solución más acorde con el derecho al trabajo que reconoce el art. 35.1 CE, que en su vertiente individual se concreta en el «derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir en el derecho a no ser despedido sin justa causa» ( SSTC 22/1981, de 2/Julio, FJ 8; y 192/2003, de 27/Octubre, FJ 4) ... lo que no significa que no hayan de tenerse en cuenta los derechos constitucionales de la libertad de empresa y de la defensa de la productividad, pero sí que se ha de atender a la necesaria concordancia entre los arts. 35.1 y 38 CE y, sobre todo, el principio de Estado social y democrático de Derecho ( STC 192/2003, de 27/Octubre, FJ 4). Lo que necesariamente invita ... a acoger interpretaciones no extensivas en la aplicación del derecho empresarial a amortizar puestos de trabajo por causas objetivas, en tanto que más favorables a la deseable continuidad en el empleo» ".

Debe tenerse en cuenta la función jurisdiccional de " juzgar ", conforme al art. 117 CE, comprende no solamente la del control o fijación de los hechos que sirvan de sustrato a las normas que el juez deba aplicar conforme a las reglas generales de la carga y de la valoración de la prueba, sino que también forma parte integrante de la función jurisdiccional la de determinar las consecuencias jurídicas que puedan derivarse legalmente de los hechos probados y la correspondiente relación de causalidad entre unos y otras, entrando aquí en juego las reglas o principio de proporcionalidad de las medidas adoptadas, el que exige tener en cuenta la finalidad pretendida y la adecuación de la medida a tal fin. Habiéndose destacado doctrinalmente que precisamente el nexo de proporcionalidad y congruencia de la decisión empresarial respecto al fin perseguido es lo que legitima el ejercicio del poder empresarial excluyendo la arbitrariedad.

Por último, en este extremo, no puede olvidarse la obligación del juez español de aplicar, además, el Convenio 158 de la OIT (22- junio-1982), sobre " Terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador ", fue ratificado por España mediante Instrumento de fecha 18-febrero-1985 (BOE 29-06-1985), con vigencia desde el día 26-abril-1986, en especial, y que además afecta también al despido objetivo, su trascendental art. 4 en el que se preceptúa que " No se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista



para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio "

Así como, en especial en interpretación del art. 30 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, sobre la protección en caso de despido injustificado, la doctrina científica señala que " la Carta de Niza no crea nuevos derechos sociales sino en una medida mucho más limitada: sanciona a nivel constitucional, en lo que concierne a los derechos sociales, explícitamente la prohibición de despido sin causa ".

**10-** Actuación judicial que debería corresponder a la empresa, decidiendo, sin petición ni siquiera subsidiaria, el alcance de la decisión empresarial de despido colectivo y el número concreto de puestos de trabajo a extinguir, con la derivada problemática no resuelta .

No se comparte, tampoco, que realmente se efectúe a través de la sentencia mayoritaria una actuación judicial que debería corresponder a la empresa, no pedida por las partes y ni siquiera por la empresa de forma subsidiaria, decidiendo el alcance de decisión empresarial de despido colectivo y el número concreto de puestos de trabajo a extinguir, con la derivada problemática no resuelta en la sentencia. Pudiendo incluso generar indefensión o perjuicio a la empresa que no pide tal nulidad parcial, y a la que con la declaración de que las causas son suficientes para despedir a 91 trabajadores (afirmándose que " concurren en el caso las causas económicas de despido colectivo respecto del despido parcial de 91 trabajadores no afectado de nulidad " -FD 12.º) puede tener dificultades jurídicas para, de no variar de forma trascendente la situación económica empresarial, pretender ampliar más tarde el número de trabajadores afectados en otro procedimiento de despido colectivo o para adoptar otro tipo de medias de suspensión temporal de contratos de trabajo o de reducción temporal de la jornada de trabajo por motivos objetivos.

En suma, parece aconsejable que, en abstracto y en base normalmente al principio de proporcionalidad, si la decisión empresarial impugnada pudiera ser desproporcionada, fueran las partes y en especial la empresa, salvo excepciones, las que fijaran, en su caso, con sus peticiones el margen de la decisión judicial.

**11-** Falta de claridad y de congruencia del fallo, que resuelve sobre lo no pedido (elevación número trabajadores afectados; formalidades del primer procedimiento despido colectivo; nulidad parcial) y no decide claramente sobre lo por ella resuelto, no declarando expresamente la nulidad de una parte de los despidos que excedan de 91, ni determina que concretos 91 trabajadores son los afectados personalmente por tal decisión y cuyo despido declara conforme a derecho ni los criterios para determinarlos sin incidir en acción antisindical, con las derivadas consecuencias de tal indefinición.

Baste recordar que el art. 124.9 LRJS, en redacción dada por RDL 3/2012, se limitaba a preceptuar como contenido del fallo que: "... Se declarará ajustada a derecho la decisión extintiva cuando el empresario, habiendo cumplido lo previsto en los artículos 51.2 o 51.7 del Estatuto de los Trabajadores, acredite la concurrencia de la causa legal esgrimida- La sentencia declarará nula la decisión extintiva cuando ... la medida empresarial se haya efectuado en vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas - La sentencia declarará no ajustada a Derecho, la decisión extintiva cuando el empresario no haya acreditado la concurrencia de la causa legal indicada en la comunicación extintiva ".

En sus esenciales extremos en el fallo de la sentencia mayoritaria se decreta en lo que más directamente afecta que: " 1) que la conducta de la empresa de elevar el número de trabajadores afectados por el despido colectivo ha incurrido en vulneración del derecho de huelga de los trabajadores; 2) que la nulidad consiguiente a la declaración anterior no afecta a los 91 despidos anunciados en el primer período de consultas; ...; y 7) que, al concurrir en el caso las causas económicas alegadas por la empresa respecto de la decisión inicial de despido colectivo parcial, se declara conforme a derecho dicho acuerdo de despido de 91 trabajadores adoptado por la empresa demandada en su comunicación de 18 de junio de 2012".

Entiendo, respetuosamente, que el fallo deja abiertas muchas cuestiones que pueden dificultar su cumplimiento, -- a salvo de una deseable interpretación integradora y finalista --: Así: a) para la empresa recurrente (determinación de los afectados, readmisión de los no afectados, criterios de selección sin incidir en discriminación o en vulneración de la libertad sindical, consecuencias de una u otra decisión, cartas individuales de despido con antiguos o nuevos motivos); b) para los trabajadores afectados o no afectados por el despido colectivo; y c) con relación al contenido de los posibles procesos individuales de despido y la incidencia de hechos nuevos.

**12-** En CONCLUSIÓN, el Ministerio Fiscal, en su informe, era favorable a la confirmación total de la sentencia de instancia, y ésta es la solución que defiende en este voto particular.

Madrid a veinte de septiembre de dos mil trece.

*VOTO PARTICULAR que formula la MAGISTRADA EXCMA. SRA. D<sup>a</sup> MARIA LOURDES ARASTEY SAHUN, de conformidad con lo establecido en el art. 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, respecto de la sentencia dictada el 20 de septiembre de 2013 en el recurso de casación n.º 11/2013.*

De conformidad con lo establecido en el artículo 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 205 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, formulo voto particular a la sentencia dictada en el recurso de casación número 11/2013 para sostener la posición que mantuve en la deliberación, acogiéndome de esta forma a los dispuesto en los arts. 206.1 LOPJ y 203 LEC .

Con la mayor consideración y respeto, discrepo del criterio adoptado por la mayoría de la Sala y entiendo que el recurso debió haber sido estimado.

Este voto Particular se funda en las siguientes consideraciones jurídicas:

### **Primero.**

Mi discrepancia arranca con el planteamiento que la sentencia hace del análisis de los hechos probados de la sentencia. El enfoque tiene relevancia porque la decisión de la mayoría se apoya en una óptica que, con todos los respetos, me parece no del todo acorde con lo que resulta de la literalidad del relato factico. La lectura del hecho probado quinto permite afirmar que la decisión de tener por finalizado el periodo de consultas que se había iniciado en 20 de abril de 2012 es posterior a la convocatoria de la huelga, elemento decisivo para la declaración de nulidad del despido colectivo enjuiciado.

Es este un dato fundamental porque, a diferencia de lo que razona la decisión mayoritaria, sostuve en la deliberación que no nos hallábamos ante una "ampliación" del numero de afectados por el despido colectivo, sino ante un proceso distinto al anterior; distinto, por tanto a aquel que la empresa decidió finalizar -y, al parecer no ejecutar mediante la ulterior comunicación a la autoridad laboral y a la parte social-. Del anterior proceso se acredita el contenido de una reunión en el que la empresa planteó sus posturas inamovibles; pero no consta que, a parte de decidir finalizar el periodo de consultas, la empresa llevara a cabo las actuaciones encaminadas ni a poner de relieve su decisión final, ni a ejecutar la misma. Por el contrario, el 9 de mayo decide abrir un nuevo periodo de consultas. Es en este nuevo procedimiento en el que sí se acaba adoptando una decisión y se comunica esta vez adecuadamente a la autoridad laboral (el 18 de junio).

### **Segundo.**

El objeto del pleito es la decisión empresarial de cierre y, en modo alguno, se pone en cuestión el procedimiento de consultas anterior, el cual actúa de antecedente únicamente para calificar la conexión de los indicios anticonstitucionales que conducen a la nulidad.

Y es que, además, el procedimiento anterior no podía ser atacado porque no hubo decisión alguna, precisamente por la propia actitud de la empresa que desistió de aquel e inició un procedimiento nuevo.

Además, ni en la instancia ni en el recurso de casación se postula por la empresa la salvaguarda de un despido colectivo anterior. Dificilmente podría haberlo hecho dada la imposibilidad de determinar a qué decisión extintiva nos estamos refiriendo ya que lo único que consta es la intención de proceder a extinguir 91 contratos de trabajo, pero sin concreción alguna ni de las características de los puestos de trabajo o los trabajadores que podrían incluirse en la afectación.

Por consiguiente, si el objeto del litigio era la calificación de la decisión extintiva comunicada el 18 de junio de 2012, el alcance de la declaración de nulidad (como hubiera sucedido de ser otro el signo del fallo de la sentencia) debe coincidir con lo pretendido y debatido en la "litis".

La situación económica negativa, que lleva a la mayoría de la Sala a considerar ajustado a derecho el despido de 91 trabajadores, debería analizarse sólo en relación con el despido colectivo impugnado -el que suponía el cierre de los centros de trabajo- y no a unas actuaciones anteriores que no llegaron a fragar en decisión alguna.

Por más que la sentencia insiste en calificar de "elevación del número de trabajadores afectados", tal elevación solo podría apreciarse de producirse dentro de un mismo procedimiento y, por el contrario, resulta irrelevante en relación a otros intentos fallidos de extinción colectiva.

### **Tercero.**

Por ello, debió de desestimarse íntegramente el recurso, confirmando el pronunciamiento de la Sala de instancia, al apreciarse vulneración del derecho de huelga y, por consiguiente, anular el acto empresarial mediante el cual se produjo la lesión del derecho fundamental, sin afectar a otros hechos o circunstancias distintas de las que eran objeto de la pretensión de la demanda. Ello deja abierta la vía a una ulterior decisión empresarial que se

ajusta a derecho si la causa económica invocada se mantiene, pero no se pronuncia sobre lo que pudo haber sido y no fue.

Esta consideración me obliga a discrepar del texto del fallo de la sentencia de la mayoría que, no sólo incide en el mantenimiento de una decisión empresarial nunca tomada, sino que contiene pronunciamientos que escapan a los que señala el art. 124.11 LRJS sobre el contenido del fallo de la sentencia.

En Madrid a 20 de septiembre de 2013

PUBLICACIÓN- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Antonio Martín Valverde, el voto particular que formula el Excmo. Sr. D. Fernando Salinas Molina, al que se adhirieron los Magistrados Excmos. Srs. D. Luis Fernando de Castro Fernández, D. Jordi Agustí Julia, Dña. María Luisa Segoviano Astaburuaga y Dña. Rosa María Viroles Piñol y el voto particular que formula la Excma. Sra. Dña. María Lourdes Arastey Sahún hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.