

BASE DE DATOS NORMACEF SOCIO-LABORAL**TRIBUNAL SUPREMO***Sentencia de 18 de julio de 2014**Sala de lo Social**Rec. n.º 11/2013***SUMARIO:****Despido colectivo. Vulneración de los derechos fundamentales de huelga y libertad sindical.**

Empresa que tras iniciar periodo de consultas sobre modificación sustancial de condiciones de trabajo (incremento de jornada y reducción salarial del 30%) y extinción de 91 puestos de trabajo, ve como el Comité Intercentros convoca huelga indefinida. Inicio por la empresa, a raíz de esta circunstancia, de un nuevo periodo de consultas en el que plantea la extinción de los contratos de la totalidad de la plantilla por alegadas razones productivas y económicas. 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 derechos fundamentales de huelga y de libertad sindical por ser una directa respuesta a la declaración y decisión colectiva de secundar una huelga indefinida tras el fracaso de las previas negociaciones tendentes a modificar condiciones de trabajo y a amortizar solamente 91 puestos de trabajo en dichos centros. La empresa, ante la concurrencia de indicios de vulneración de los derechos fundamentales mencionados, no ha suministrado una justificación razonable y objetiva de la medida adoptada. Nulidad del despido colectivo. Sala General. Voto Particular.

PRECEPTOS:

RDLeg. 1/1995 (TRET), arts. 41.4 y 51.

Constitución Española, art. 28.1 y 2.

Ley 36/2011 (LRJS), art. 177.

Ley Orgánica 11/1985 (LOLS), art. 2.1 d).

PONENTE:*Don Fernando Salinas Molina.*

Excmos. Sres.:

D. Jesús Gullón Rodríguez

D. Fernando Salinas Molina

D. Gonzalo Moliner Tamborero

D^a. María Milagros Calvo Ibarlucea

D. Luis Fernando de Castro Fernández

D. José Luis Gilolmo López

D. Jordi Agustí Juliá

D^a. María Luisa Segoviano Astaburuaga

D. José Manuel López García de la Serrana

D^a. Rosa María Virolés PiñolD^a. María Lourdes Arastey Sahún

D. Manuel Ramón Alarcón Caracuel

D. Miguel Ángel Luelmo Millán

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Jesús Souto Prieto

En la Villa de Madrid, a dieciocho de Julio de dos mil catorce.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud del recurso de casación ordinario interpuesto por la empresa "CELSA ATLANTIC, S.L.", representada y defendida por el Letrado Don..., contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior Justicia del País Vasco, de fecha 9-octubre-2012 (autos nº 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...

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. FERNANDO SALINAS MOLINA,

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

El Letrado Don..., en nombre y representación de la Confederación Sindical "Euzko Langilleen Alkartasuna (Solidaridad de Trabajadores Vascos)" (E.L.A./S.T.V.) y del Comité Intercentros de la empresa "Celsa Atlantic, S.L." 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 entendiéndose 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 junio 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..., 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..., 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 despidos eran miembros del Comité Intercentros y del Comité de Huelga y son los siguientes trabajadores: D..., D..., D... y D... 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. ...) 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... , en nombre y representación de la empresa "Celsa Atlantic, 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..., 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, en la redacción vigente en la fecha (09-10-2012) en que se dictó la sentencia de instancia (DT.2.1 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 4º (motivo primero), 5º (motivo segundo), 13º y 14º (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 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.", el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar el recurso improcedente e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 18 de septiembre 2013 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 Martín Valverde.

Séptimo.

Esta Sala en su sentencia de fecha 20-septiembre-2013 (rco 11/2013, Sala general, votos particulares) falló: <<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 nº 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>>.

Octavo.

1.- En fecha 02-12-2013 se formuló por la parte demandante incidente de nulidad de actuaciones respecto a la STS/IV 20-septiembre-2013 (rco 11/2013, Sala general, votos particulares), con invocación de los arts. 241.1 LOPJ, 14, 24.1 y 28.1 y 2 CE y de la jurisprudencia constitucional, y tras analizar los extremos que cuestionaba a los fines de la nulidad de la sentencia de casación, concluía que “de no anularse el procedimiento en el momento en el que se comete el error, la Sentencia se consolidará en base a un error judicial objetivable y sin posibilidad de defensa para los demandantes, pues no existe Recurso ordinario ni extraordinario con el que afrontar una sentencia en los términos en los que quedaría formulada la presente, con el agravante, de que dicha formulación está basada en una decisión inicial de despido colectivo parcial de 91 trabajadores inexistente y por ende no enjuiciada ni en el TSJP Vasco, ni, en consecuencia, ante la Sala en el recurso empresarial, amén del resto de motivos que se han articulado a lo largo del presente escrito”; y termina suplicando que se “... declare la nulidad de actuaciones, anulando y dejando sin efecto la referida sentencia y reponiendo las mismas al estado en que se hallaban en el momento anterior de dictarse la sentencia, a fin de que se dicte una nueva que, respetando los derechos fundamentales señalados, de respuesta a las cuestiones esenciales planteadas, y en concreto a la calificación de la decisión final de extinción de la totalidad de los contratos de trabajo de los centros de trabajo de la empresa CELSA ATLANTIC, S.L. de Álava adoptada el 18.06.2012 y, por ende, resuelva en consecuencia CONFIRMANDO ÍNTEGRAMENTE la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en su día recurrida”.

Noveno.

Dado traslado a la parte empresarial y al Ministerio Fiscal del escrito de formulación del incidente de nulidad de actuaciones en providencia de fecha 10-12-2013, por ambos se formularon alegaciones. En su informe sobre el incidente de nulidad de actuaciones el Ministerio Fiscal, en fecha 16-01-2014, interesaba que se declarara la procedencia de dicho incidente y se retrotrajeran las actuaciones para nueva deliberación y fallo.

Décimo.

En providencia de fecha 27-02-2014 se señaló para deliberación y resolución del incidente el día 26 de marzo de 2.014, ante esta Sala constituida en Sala General y compuesta por todos los Magistrados/as que la integran, relacionándose nominativamente en dicha resolución.

Decimoprimer.

1.- En fecha 06-03-2014 la demandada “CELSA ATLANTIC, S.L.” presentó recurso de reposición contra la anterior providencia instando que “se decida atribuir la resolución del incidente excepcional de nulidad de actuaciones interpuesto contra la sentencia de 20 de septiembre de 2013 a los mismos magistrados que compusieron la Sala que deliberó, votó y falló la sentencia de 20 de septiembre de 2013, incluyendo por lo tanto al magistrado ponente y redactor de la misma y excluyendo a los que no participaron en este debate, deliberación y fallo”; escrito del que se dio traslado por cinco días a las partes y al Ministerio Fiscal.

2.- Con fecha 17-03-2014, la parte recurrida presentó escrito de impugnación contra el recurso de reposición, solicitando la desestimación del mismo. El Ministerio Fiscal se opuso a la estimación del recurso.

3.- Por Auto de fecha 19-03-2014 se acordó “Desestimar el recurso de reposición interpuesto por el legal representante de la empresa Celsa Atlantic S.L. frente a la providencia de la Sala de 27 de febrero de 2.014, que se confirma en todos sus extremos”.

Decimosegundo.

1.- Esta Sala de lo Social constituida en Pleno, integrada por 14 Magistrados y por su Presidente Don Jesús Gullón Rodríguez, siendo ponente el Magistrado. Sr. D. Fernando Salinas Molina, dictó en fecha 26-03-2014 Auto en cuya parte dispositiva se establecía: <<Estimar la pretensión de declaración de nulidad de actuaciones formulada por la parte actora contra la sentencia dictada por esta Sala en fecha 20-septiembre-2013 (rco 11/2013), recaída en el recurso de casación ordinario 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 nº 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. Decretamos la nulidad de la referida sentencia, reponiendo las actuaciones al estado en que se hallaban en el momento anterior de dictarse, a fin de que, tras la oportuna deliberación, se dicte una nueva resolviendo las pretensiones deducidas oportunamente en el pleito. Sin costas>>.

2.- Formuló voto particular el Magistrado D. Aurelio Desdentado Bonete, al que se adhirieron cinco Magistrados/as, en concreto D^a. María Milagros Calvo Ibarlucea, D. José Luis Gilolmo López, D. José Manuel López García de la Serrana, D. Miguel Ángel Luelmo Millán y D. Jesús Souto Prieto.

Decimotercero.

1.- En fecha 20-05-2014 la representación de la empresa "CELSA ATLANTIC, S.L." presenta escrito instando incidente de nulidad de actuaciones pretendiendo la nulidad del referido Auto de fecha 16-03-2014 y que se "reponga las actuaciones al estado en que se encontraban en el momento previo a la asignación de un ponente para la resolución de la petición de nulidad de actuaciones presentada por la parte actora en fecha 18 de diciembre de 2013, cumpliéndose esta vez las normas de reparto y asignación de ponencias que tiene establecido el Tribunal Supremo por acuerdo de su Sala de Gobierno".

2.- En providencia de fecha 29-05-2014 se acordó: <<A la vista de concreto suplico del escrito en que se insta la tramitación de incidente de nulidad de actuaciones presentado, en fecha 19-mayo-2014, por el Letrado Sr..., en nombre y representación de "CELSA ATLANTIC, S.L." en relación con el Auto de fecha 26-marzo-2014, dictado en Sala General, y en el que se anula la sentencia dictada por el Pleno de esta propia Sala en fecha 20-septiembre-2013 (rco 11/2013), en el que se insta que se "repongan las actuaciones al estado en que se encontraban en el momento previo a la asignación de un ponente para la resolución de la petición de nulidad de actuaciones presentada por la parte actora en fecha 18 de septiembre de 2013, cumpliéndose las normas de reparto y asignación de ponencias que tiene establecido el Tribunal Supremo por acuerdo de su Sala de Gobierno", y teniendo en cuenta, en su caso, lo ya resuelto por esta Sala y en este recurso en auto de fecha 19-marzo-2014; pasen las actuaciones al Ministerio Fiscal para que, en el plazo de 5 días informe, sobre la procedencia de admitir o de rechazar de plano el referido incidente, y con su resultado se acordará>>.

3.- El Ministerio Fiscal, en fecha 05-06-2014, informó en el sentido de que se proceda a la inadmisión de plano del incidente de nulidad de actuaciones, dado que "la cuestión que se suscita ... ya ha sido resuelta en contestación al recurso de reposición que se formuló contra la providencia de esa Excma. Sala de 27 de febrero de 2014 y que motivó informe de este Ministerio Fiscal de fecha 12 de marzo de 2014".

Decimocuarto.

Por Auto de fecha 11-06-2014 se acordó: "Rechazar de plano la pretensión de declaración de nulidad de actuaciones formulada por la representación de la empresa 'Celsa Atlantic, S.L.', contra el Auto de fecha 26-marzo-2014. Sin costas". Y por providencia de fecha 17-06-2014 se estimó que dadas las características de la cuestión jurídica planteada y su trascendencia, procedía su debate por la Sala en Pleno, señalándose para su celebración el día 16 de julio actual, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

1.- La Confederación Sindical ELA ["Euzko Langilleen Alkartasuna (Solidaridad de Trabajadores Vascos)"] y el Comité Intercentros de la empresa "CELSA ATLANTIC, S.L." presentaron, ante la Sala de lo Social del TSJ/País Vasco, demanda de impugnación del despido colectivo efectuado por la empresa en fecha 18-06-2012, como decisión final el ERE 01/2012/187 iniciado en fecha 15-05-2012, 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 la nulidad de la decisión empresarial o, subsidiariamente, la declaración de no ser ajustada a derecho, alegando, además de otros 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.

2.- En el acto del juicio, celebrado el día 18-09-2012, la parte actora se ratificó en su demanda suplicando que se dictara sentencia por la que: "se declare la nulidad de la decisión extintiva colectiva o subsidiariamente no ajustada a derecho"; oponiéndose la parte demandada y esgrimiendo las excepciones procesales falta de legitimación activa del Comité Intercentros y de falta de legitimación activa del Sindicato demandante (AH 4º y FD 1º, 3º y 4º sentencia de instancia).

3.- En los hechos declarados probados de la sentencia de instancia (STSJ/País Vasco 9-octubre-2012 – autos 13/2012), en lo que ahora más directamente afecta y en esencia, consta: 1) 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 (HP 4º), 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 (HP 4º y 5º); 2) La convocatoria el día 3-mayo-2012 por parte del Comité Intercentros de una huelga indefinida a efectuar a partir del día 8-mayo-2012, la huelga comenzó dicho día 8-mayo-2012 y "ese mismo día la empresa dio por finalizado el periodo de consultas" (HP 5º); 3) El inicio de un nuevo periodo de consultas a instancia de la empresa y anunciado por ésta el día 9-mayo-2012, figurando como único punto en su orden del día de la primera reunión a celebrar el 15-05-2012, la extinción de 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 (HP 6º en relación con HP 1º); figurando la relación y contenido de las reuniones celebradas y de las actuaciones de la Inspección de Trabajo en el periodo de consultas iniciado el día 15-05-2012 en los HP 6º y 7º; y 4) La decisión final empresarial, fundada exclusivamente en causas económicas, adoptada el día 18-junio-2012, 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 (HP 6º).

4.- La referida sentencia de instancia, 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 ordinario), -- y reiterando que "los demandantes impugnan la decisión de la empresa demandada de proceder a la extinción colectiva de los contratos de toda la plantilla y al consiguiente cierre de los centros de trabajo de Vitoria-Gasteiz y de Urbina con base en la consideración de que la decisión vulnera los derechos fundamentales de huelga y de libertad sindical, por lo que solicitan la nulidad de la medida impugnada" (FD 5º) --, 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".

5.- Respecto a la vulneración del derecho de huelga, razona, en esencia, la Sala de instancia que, ante la concurrencia de indicios de vulneración del derecho fundamental, la empresa no ha suministrado una justificación razonable y objetiva de la medida adoptada. Sobre los indicios destaca, -- partiendo de los HP 4º a 6º, 8º y 16ª --, que "se nos muestra una conexión directa e inmediata entre la decisión del Comité Intercentros, secundada por la Asamblea de trabajadores, de iniciar la huelga el día 8 de mayo en protesta por la posición de la empresa en el expediente de regulación de empleo iniciado el 20 de abril y la decisión empresarial de iniciar un nuevo expediente para la extinción de todos los contratos en los dos centros de Araba. Esta conexión temporal entre la huelga y el nuevo expediente sería ya suficiente para entender concurrente la prueba indiciaria, pero a ello se une también la cercanía entre los dos expedientes de referencia y la falta de variación en la situación de la empresa entre las fechas de inicio de ambos, así como la muy distinta intensidad de las medidas propuestas en ambos expedientes. Por otra parte, también resultan reveladores de tales indicios los datos relativos al modo de ejecutar la decisión de despido colectivo y la incidencia de la efectividad de la medida en personas huelguistas en relación con las que no secundaron la huelga o la abandonaron". En cuanto a la necesaria justificación empresarial de la medida adoptada, -- partiendo, en esencia, de los HP 6º, 13º, 14º y 16º ("La situación económica, financiera y productiva de la empresa no ha variado entre los días 20 de abril y 15 de mayo de 2012") --, concluye que no concurre tal justificación, destacando que "Ningún otro dato permite a la Sala explicarse la ratio última de la empresa para adoptar esta decisión de cierre de los centros de trabajo de Vitoria-Gasteiz y Urbina, siendo así que hasta el día 3 de mayo la empresa, en la misma situación económico-financiera y productiva, sostuvo la pretensión de adoptar medidas de modificación de jornada y salario y la extinción de 91 puestos de trabajo, cifra bien lejana de la que ha decidido extinguir definitivamente" y que "Por otra parte, la evolución de las extinciones ya efectuadas al amparo de aquella decisión de despido colectivo también permite concluir en el mismo sentido, ya que ... estas

extinciones están afectando de una manera muy relevante a quienes secundaron aquella huelga y no la abandonaron”.

6.- En cuanto a la vulneración del derecho de libertad sindical, argumenta, en esencia, la Sala de instancia que, ante la concurrencia de indicios de vulneración del derecho fundamental, la empresa no ha suministrado una justificación razonable y objetiva de la medida adoptada. Sobre los indicios destaca, -- partiendo especialmente del HP 8º --, que “a) del total de 178 extinciones que la empresa había comunicado individualmente hasta el día del juicio oral, 97 lo fueron de personas afiliadas a ELA; y b) 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”. Respecto a la necesaria justificación empresarial de la medida adoptada concluye que no concurre tampoco tal justificación, la que ni siquiera ha intentado, destacando que “Tampoco ha expresado ni un solo criterio de determinación o designación de los concretos trabajadores a los que va extinguiendo los contratos ...”, y que “no ha logrado acreditar, como lo correspondía, que el despido colectivo y el concreto modo en que se está materializando no vulneren el derecho a la libertad sindical de las personas despedidas pertenecientes o vinculadas al Sindicato ELA”.

7.- Como reflexión conjunta y final a ambas vulneraciones de derechos fundamentales, la Sala de instancia destaca 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”.

Segundo.

1.- La sociedad demandada articula su recurso de casación ordinario contra la sentencia de instancia por el cauce procesal de las letras d) (“Error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obren en autos que demuestren la equivocación del juzgador, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios”) y e) (“Infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate”) del art. 207 de la LRJS (Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social), en la redacción vigente en la fecha (09-10-2012) en que se dictó la sentencia de instancia (DT.2.1 LRJS).

2.- Por el cauce de la revisión fáctica (art. 207.d LRJS) se pretende la modificación de los hechos probados 4º (motivo primero), 5º (motivo segundo), 13º y 14º (motivo tercero) indicando proponer redacciones alternativas de los mismos.

3.- 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.

Tercero.

1.- Examinaremos, a continuación y separadamente, los distintos motivos de impugnación; recordando, con carácter general, sobre los motivos fundados en el error en la apreciación de la prueba, que “la constante jurisprudencia de esta Sala (sentencias de 6-7-04 (rec 169/03), 18-4-05 (rec 3/2004), 12-12-07 (25/2007) y 5-11-08, (rec 74/2007), entre otras muchas, respecto del error en la apreciación de la prueba, es inequívoca”, precisando que “Para que la denuncia del error pueda ser apreciada, es necesario que concurren los siguientes requisitos: a) Que se concrete con claridad y precisión el hecho que haya sido omitido o introducido erróneamente en el relato fáctico. b) Que tal hecho resulte de forma clara, patente y directa de la prueba documental obrante en autos, sin necesidad de argumentaciones o conjeturas. c) Que se ofrezca el texto alternativo concreto que deba

figurar en la narración que se tilda de equivocada, bien sustituyendo o suprimiendo alguno de sus puntos, bien complementándolos. d) Que tal hecho tenga trascendencia para modificar el fallo de instancia” (entre las más recientes, SSTS/IV 17-enero-2011 –rco 75/2010, 21-mayo-2012 –rco 178/2011, 20-marzo-2013 –rco 81/2012 dictada en Pleno, 16-abril-2013 –rco 257/2011, 18-febrero-2014 –rco 74/2013, 20-mayo-2014 –rco 276/2013).

2.- Concretando los anteriores requisitos, la jurisprudencia de esta Sala ha especificado que para que la denuncia del error pueda ser apreciada, es necesario, entre otros extremos, que:

a) “una cosa es el error en la apreciación de la prueba que de haberse producido mostraría un relato histórico hecho en términos equivocados y otra muy distinta que la valoración jurídica de los comportamientos conduzca a resultados que el recurso considere erróneos, aún cuando el conjunto fáctico se halle acreditado en forma impecable” (STS/IV 20-marzo-2012 –rco 40/2011); rechazándose las pretensiones que instan una nueva valoración de las pruebas “porque con esta forma de articular la pretensión revisoria la parte actúa «como si el presente recurso no fuera el extraordinario de casación sino el ordinario de apelación, y olvidando también que en el proceso laboral la valoración de la prueba en toda su amplitud únicamente viene atribuida por el art. 97.3 del invocado Texto procesal al juzgador de instancia [en este caso a la Sala “a quo”], por ser quien ha tenido plena intermediación en su práctica» (recientes, SSTS 21/10/10 –rco 198/09; 14/04/11 –rco 164/10; 07/10/11 –rcud 190/10; 25/01/12 –rco 30/11; y 06/03/12 –rco 11/11)” (STS/IV 23-abril-2012 –rco 52/2011, y, además, entre otras, SSTS/IV 18-marzo-2014 –rco 125/2013 Pleno, 26-marzo-2014 –rco 158/2013 Pleno, 16-abril-2014 –rco 57/2013 Pleno).

b) “acerca del valor probatorio de los documentos sobre los que el recurrente se apoya para justificar la pretendida revisión de hechos declarados probados, nuestra Sentencia de 11 de Marzo de 2004 y las que en ella se citan han señalado que éstos [los documentos] deben tener una eficacia radicalmente excluyente, contundente e incuestionable, de tal forma que el error denunciado emana por sí mismo de los elementos probatorios invocados, de forma clara, directa y patente, y en todo caso, sin necesidad de argumentos, deducciones, conjeturas o interpretaciones valorativas” (STS/IV 26-octubre-2009 –rco 117/2008; en el mismo sentido, entre otras, SSTS/IV 2-junio-1992 –rco 1959/1991, 7-octubre-2011 –rco 190/2010, 11-octubre-2011 –rco 146/2010, 9-diciembre-2011 –rco 91/2011, 23-enero-2012 –rco 87/2011, 23-abril-2012 –rco 52/2011, 14-mayo-2013 –rco 285/2011, 5-junio-2013 –rco 2/2012, 18-marzo-2014 –rco 125/2013 Pleno).

c) “la revisión fáctica no se funde en el mismo documento -salvo supuestos de error palmario que no es el caso- en que se ha basado la sentencia impugnada para sentar sus conclusiones, ya que como la valoración de la prueba corresponde al juzgador y no a las partes, no es posible sustituir el criterio objetivo de aquel por el subjetivo juicio de evaluación personal del recurrente (STS de 11-11-09, recurso 38/08, 26-1-10, recurso 96/09 y 31-5-12, recurso 166/11)” (entre las más recientes, SSTS/IV 11-noviembre-2009 –rco 38/2008, 26-enero-2010 –rco 96/2009, 23-abril-2012 –rco 52/2011, 6-junio-2012 –rco 166/2012, 18-diciembre-2012 –rco 18/2012), así como que “se proponga la introducción en el relato fáctico de datos de ese carácter, no conclusiones o valoraciones de carácter jurídico” (entre otras, SSTS/IV 3-mayo-2006 –rco 104/2004, 20-marzo-2007 –rco 30/2006, 28-junio-2013 –rco 15/2012);

d) “debe recordarse que el artículo 205 d) LPL en que se apoya, únicamente permite ser acogido si el error en la apreciación de la prueba sobre el que se pretende construir o modificar hechos probados se desprende de la prueba documental, en ningún caso (a diferencia del recurso de suplicación art. 191. b LPL) de la prueba pericial” (SSTS/IV 19-abril-2011 –rco 16/2009, 26-enero-2010 –rco 45/2009, 26-marzo-2014 –rco 158/2013 Pleno); y que tampoco es válida a estos fines la prueba testifical “tal como evidencia la redacción literal del art. 205.d) LPL [actualmente, art. 207.e) LRJS] y declara reiteradamente la jurisprudencia, ya desde las antiguas sentencias de 29/12/60 y 01/02/61 (así, STS 13/05/08 –rco 107/07); ello sin perjuicio de que la prueba testifical pueda ofrecer un índice de comprensión sobre el propio contenido de los documentos en los que la parte pretenda proyectar las modificaciones fácticas (STS 09/07/12 –rco 162/11)” (entre las más recientes, SSTS/IV 13-mayo-2008 –rco 107/2007, 22-mayo-2012 –rco 121/2011, 29-abril-2013 –rco 62/2012, 18-junio-2013 –rco 108/2012); y

e) “la mera alegación de prueba negativa -inexistencia de prueba que avale la afirmación judicial- no puede fundar la denuncia de un error de hecho en casación (así, SSTS 23/11/93 –rco 1780/91; 21/06/94 –rcud 3210/93, 11/11/09 –rco 38/08, 26/05/09 –rco 108/08 y 06/03/12 –rco 11/11)” (SSTS/IV 23-abril-2012 –rco 52/2011, 26-julio-2013 –rco 4/2013, 9-diciembre-2013 –rco 71/2013, 19-diciembre-2013 –rco 8/2010).

Cuarto.

1.- Pasando ya a analizar los distintos motivos articulados por la sociedad recurrente y fundados en el error en la apreciación de la prueba, se afirma, en primer lugar, en el impugnado HP 4º de la sentencia de instancia que “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”.

2.- La empresa recurrente, mas que una modificación del anterior hecho probado, lo que pretende es que se adicione al mismo que “El 2 de marzo de 2012 la Dirección de Laminaciones Arregui (Celsa Atlantic) comunicó a sus 360 trabajadores el posible cierre de las plantas alavesas a finales de mayo si no mejoraba la situación de la empresa”. Argumenta que tal hecho del anuncio de cierre efectuado por la empresa en el mes de marzo es de notable relevancia en la explicación causal de la decisión de huelga indefinida tomada por los trabajadores a principios de mayo de 2012 y de la decisión de despido colectivo comunicada por la empresa unos días después; destacando la parte recurrente que “la decisión de cierre de los centros afectados fue la consecuencia de esta advertencia previa a la declaración de huelga por parte del comité intercentros. La única causa inmediata y eficiente a la decisión de cierre fue la imposibilidad de alcanzar acuerdos con los representantes de los trabajadores, que contribuyeran a revertir una situación económica y empresarial negativa e insostenible por más tiempo” y que en la sentencia recurrida “no podría haberse afirmado la existencia de una conexión directa e inmediata entre la huelga y el despido colectivo de la totalidad de los trabajadores de los centros de Álava de la empresa”.

3.- Pretende la recurrente fundamentar la referida revisión fáctica en una noticia publicada en un periódico el día 02-03-2012, por tratarse, además, de un documento que fue reconocido por un testigo de la parte actora en el acto de juicio. Esta adición fáctica debe ser rechazada, en concordancia con lo informado por el Ministerio Fiscal. Dado que:

a) La prueba testifical no tiene virtualidad en el recurso de casación ordinaria para intentar fundamentar un error en la apreciación de la prueba por parte de la Sala de instancia, lo que debe fundarse exclusivamente, -- como se deduce del ya citado art. 207.d) LRJS --, “en documentos que obren en autos que demuestren la equivocación del juzgador”; lo que ha reiterado la referida jurisprudencia de esta Sala (entre las mas recientes, SSTS/IV 22-mayo-2012 –rco 121/2011, 29-abril-2013 –rco 62/2012, 18-junio-2013 –rco 108/2012, 26-marzo-2014 –rco 158/2013 Pleno, 30-abril-2014 –rco 213/2013).

b) Pero además, el documento invocado, el periódico en que aparece publicada una determinada noticia, la que al no constituir un mero reflejo de un posible hecho notorio (art. 281.4 supletoria LEC: “No será necesario probar los hechos que gocen de notoriedad absoluta y general”) y no estando corroborada con otras posibles pruebas objetivas sobre sus fuentes y verosimilitud, no tiene la virtualidad de demostrar, sin dudas, una equivocación evidente del juzgador de instancia que posibilite la adición o modificación de hechos probados; no siendo, por tanto, documento hábil para fundar la declaración de un error de hecho en casación ordinaria. En este sentido, en supuestos análogos de intento de revisión fáctica a través de unos recortes de prensa en los que contenían determinadas manifestaciones, se ha declarado por esta Sala que “Debe recordarse a la parte el carácter extraordinario del recurso de casación y que estamos ante un verdadero conflicto jurídico, por lo que tales manifestaciones personales o referencias a fuentes genéricas de la empresa sin ratificar ni contrastar ni estar apoyadas con verdaderos datos objetivos, en modo alguno puede ser tenidas, como exige el invocado art. 205.d) LPL, como alguno de los ‘documentos que obren en autos que demuestren la equivocación del juzgador, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios’” (STS/IV 1-octubre-2012 –rco 235/2011); o pretendido tal revisión fáctica a través de opiniones periodísticas sobre la situación de la empresa, se ha rechazado también la revisión de hechos con estos medios intentada, negándoles la condición de documento valido a tales efectos, destacando que “las opiniones expresadas en las fotocopias citadas carecen de la mencionada cualidad de prueba documental, la cual se caracteriza conjuntamente por las siguientes notas: 1) su contenido ha de ser una declaración o manifestación de voluntad o una declaración o manifestación de conocimiento (contenido dispositivo o informativo); 2) la declaración o manifestación de voluntad o conocimiento se imputa a persona o personas determinadas; 3) la declaración o manifestación de voluntad o conocimiento debe plasmarse en un determinado soporte material; y 4) el contenido dispositivo e informativo expresado ha de tener relevancia para la decisión del caso” (STS/IV 13-octubre-2005 –rco 173/2004).

c) Aunque hipotéticamente se hubiera aceptado tal revisión fáctica, la misma tendría muy escasa trascendencia a los fines del presente recurso al ser tal noticia periodística de fecha 02-03-2012, es decir anterior incluso a que se iniciaría el primer procedimiento de despido colectivo el día 20-04-2012 que finalizó por la

decisión empresarial, en la reunión de fecha 8-05-2012, de dar por finalizado el periodo de consultas; y, por reflejar, exclusivamente una manifestación de la percepción empresarial de la gravedad de su situación económica.

Quinto.

1.- En segundo lugar, se declara en el cuestionado HP 5º de la sentencia recurrida que “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”.

2.- Pretende la empresa recurrente, no que se modifique el transcrito HP 5º, sino que se le adicione la referencia a los motivos de la huelga, para intentar evidenciar que la decisión empresarial de cierre de los centros de trabajo ya era contemplada por la representación legal de los trabajadores como algo factible con anterioridad a la huelga y que, por tanto, la referida decisión no pudo ser una consecuencia de la convocatoria de huelga sino que fue precisamente la causante de la huelga. Insta, en suma, que se adicione la frase “siendo los motivos de la huelga los siguientes: recortes salariales, recorte de personal, aumento de jornada, amenaza de cierre”.

3.- Sin perjuicio de la ulterior valoración que de tales datos pueda efectuarse, se acepta tal adición fáctica, -- de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal --, al deducirse del incuestionado contenido del documento aportado por el propio Sindicato demandante consistente en la comunicación del Comité de Huelga dirigido a la Autoridad administrativa laboral en fecha 03-05-2012 sobre el acuerdo del Comité de Empresa de celebración de huelga legal a partir del día 08-05-2012 (obstante a folio 2276), tanto mas cuanto la propia Sala de instancia se basó también en dicho documento para formar su convicción reflejada en dicho hecho probado y no contradice ni pretende sustituir la valoración que de dicho documento se efectúa en instancia (“El hecho quinto es en parte, un hecho aceptado y, además, se acredita por el Acta de la Asamblea de 6 de mayo, la comunicación de la huelga hecha a la Delegación Territorial de Trabajo el 3 de mayo por el Comité para inicial- el día 8 de mayo una huelga indefinida y de 24 horas diarias”); al tratarse, por tanto, de una adición que no comporta una alteración de la valoración que de dicho documento se ha efectuado por la Sala de instancia, esta decisión, entendemos, que no se aparta de la doctrina jurisprudencial antes referida declarativa de que la revisión fáctica no puede fundarse en el mismo documento, -- salvo supuestos de error palmario, que no es el caso --, en que se ha basado la sentencia impugnada para sentar sus conclusiones.

Sexto.

1.- En tercer lugar, y por último, en lo relativo a la pretendida revisión fáctica, se considera acreditado en los ahora impugnados HP 13º y 14º de la sentencia de instancia 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” (HP 13º); y 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” (HP 14º).

2.- Argumenta la sociedad recurrente que su pretensión revisora está dirigida a evidenciar la incorrecta valoración de la gravedad de la crisis empresarial, que lejos de ser una situación meramente “complicada”, como indica la sentencia impugnada, es una situación profundamente negativa que justifica por sí sola la decisión de despido colectivo; que “si se llega a la conclusión de ser la situación económica de la empresa negativa o crítica,

parece del todo razonable y justificado adoptar una medida de mayor intensidad, llegando incluso al cierre de aquellos centros de actividad que de modo reiterado durante tres años han generado pérdidas económicas abultadas” y que “lo que probablemente resultaría irrazonable es obligar al empresario a mantener abiertos indefinidamente centros de producción cuya rentabilidad es claramente negativa ...”.

3.- Con tal fin la recurrente efectúa un remisión genérica, especialmente, a las cuentas anuales societarias, al informe pericial obrante en su pieza de pruebas y al Informe de análisis de balances y cuentas del Técnico del Área Reguladora de Empleo de la Delegación Territorial de Trabajo del Departamento de Empleo y Asuntos Sociales del Gobierno Vasco, reflejado también en el Informe de la Inspección de Trabajo; dichos medios son también, en esencia, las pruebas en que se basa la sentencia de instancia para efectuar las declaraciones de hechos probados en este motivo combatidas (“Los hechos decimotercero y decimocuarto se han extraído de las pruebas periciales económicas practicadas - Peritos Sras...-, del Informe Técnico del Área Reguladora de Empleo de la Delegación Territorial de Trabajo del Departamento de Empleo y Asuntos Sociales del Gobierno Vasco - Sra...-, cuyo contenido esencial se halla transcrito en el precitado Informe de la ITSS de 12 de julio”). Esta revisión en los términos que pretende no puede prosperar con carácter general; además de recordar, como se ha indicado, que la pericial no es prueba idónea para instar la revisión fáctica en casación (entre otras, SSTS/IV 19-abril-2011 – rco 16/2009, 26-enero-2010 – rco 45/2009, 26-marzo-2014 – rco 158/2013 Pleno).

4.- Únicamente debe prosperar la pretensión de la parte recurrente en lo relativo a la aclaración o matización que propone, -- que ya se traslucía del contenido del propio HP 14º en relación incluso con el HP 13º, y se tenía en cuenta en todas las actuaciones de ambos partes sobre tales extremos, para lo positivo y para lo negativo --, relativa a que en los ingresos de explotación y en los resultados de los ejercicios 2009, 2010 y 2011 de "BARNA STEEL, S.A. Y SOCIEDADES DEPENDIENTES" el cómputo es en miles de euros, como se deduce de los datos reflejados en la propia demanda (folio 8 reverso) e incluso del informe económico presentado por la parte actora (folio 2832), con la concreción que, de ese modo computados, se parte en la prueba invocada por la recurrente y en la que se tuvo en cuenta por la Sala de instancia para la determinación de tales hechos.

5.- En realidad, la sociedad demandada realmente no insta, -- salvo en lo antes referido --, una modificación de los referidos hechos probados, sino que pretende adiciones a los mismos. No cuestiona, por tanto, ninguno de los datos objetivos reflejados en tales hechos probados sobre, entre otros extremos, el volumen de deudas, los ingresos de explotación, los resultados de los ejercicios, el valor relativo de las principales partidas de gasto ni el aumento de ventas en la sociedad "CELSA ATLANTIC, S.L." (HP 13º); ni tampoco respecto a "BARNA STEEL, S.A. Y SOCIEDADES DEPENDIENTES", los ingresos de explotación (con la aclaración efectuada), los resultados de los ejercicios, el valor relativo de las principales partidas de gasto ni sobre el aumento de las ventas. Es decir, que sobre tales datos objetivos tenidos por acreditados en la sentencia de instancia y que son los determinantes para poder valorar, económica y jurídicamente, la situación empresarial a los efectos del despido colectivo impugnado, la recurrente no formula objeción alguna.

6.- Ahora bien lo que pretende la recurrente a través de las adiciones que insta, -- con invocado apoyo tanto en el inidóneo informe pericial practicado a su instancia (SSTS/IV 19-abril-2011 – rco 16/2009, 26-enero-2010 – rco 45/2009, 26-marzo-2014 – rco 158/2013 Pleno) como en el Informe de análisis de balances y cuentas del Técnico del Área Reguladora de Empleo de la Delegación Territorial de Trabajo del Departamento de Empleo y Asuntos Sociales del Gobierno Vasco, reflejado en el Informe de la Inspección de Trabajo --, es que se incluyan, mas que hechos o datos objetivos, una serie de conclusiones o valoraciones económicas contenidas en tal informe pericial y en el referido Análisis, fundamentalmente, sobre que “la empresa puede sufrir problemas de liquidez y hacer suspensiones de pagos”, que “es posible que la empresa tenga dificultades para atender los pagos”, que la rentabilidad se aleja “del objetivo de los propietarios de la empresa que invierten en ella para obtener una rentabilidad suficiente” o que la situación de la empresa es “insostenible ya que las deudas prácticamente igualan el activo de la empresa”. No pide, en cambio, que se adicione otros datos o valoraciones, también económicas, del referido Análisis, como las ocho propuestas que efectúa como “Medidas a adoptar para evitar la suspensión de pagos y los problemas de liquidez”.

7.- Tales adiciones, desarrollos o detalles, no tanto de hechos sino de conclusiones o valoraciones de carácter económico y/o jurídico, deben rechazarse. La solución dada es acorde con la citada jurisprudencia de esta Sala, la que ha declarado que para que la denuncia del error pueda ser apreciada, es preciso, entre otros extremos, que “se proponga la introducción en el relato fáctico de datos de ese carácter, no conclusiones o valoraciones de carácter jurídico” (entre otras, SSTS/IV 3-mayo-2006 – rco 104/2004, 20-marzo-2007 – rco 30/2006, 28-junio-2013 – rco 15/2012).

8.- Dicha solución es también la instada por el Ministerio Fiscal en su informe, en que destaca que con la adición se pretende, además, una cuestión novedosa que no había sido tratada en la instancia, la relativa a la alegación como causa o razón del despido colectivo el peligro de una posible suspensión de pagos, tratándose de un hecho nuevo, pues, como la misma recurrente reconoce en el segundo de sus motivos, las causas del posible cierre al parecer se debían a otras disfunciones vinculado aquél, en su caso, a la falta de acuerdos.

Séptimo.

1.- La sociedad recurrente por el cauce de la infracción jurídica (art. 207.e LRJS), invoca, en primer lugar, como infringido el art. 181.2 LRJS, argumentando que, en el casos de autos, no concurren indicios fundados de lesión de los derechos fundamentales invocados (huelga y libertad sindical) a la luz del relato de hechos probados; y, subsidiariamente, la infracción de los arts. 28.1 y 2 CE en relación con el art. 51 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 si concurren indicios de vulneración de los derechos fundamentales invocados de contrario.

2.- Tal vinculación posibilita un tratamiento conjunto de ambos motivos, si bien debe abordarse, dada su naturaleza, el análisis de cada uno de los derechos fundamentales, aun partiendo de su interrelación al integrar el contenido esencial de la libertad sindical el derecho al ejercicio de la actividad sindical, comprensivo, en todo caso, del derecho al ejercicio del derecho de huelga.

3.- Dispone el art. 181.2 LRJS, -- aplicable en el presente proceso de impugnación de despido colectivo al no ser factible la utilización de la modalidad procesal de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas (arg. ex arts. 178.2 y 184 LRJS) --, que "En el acto del juicio, una vez justificada la concurrencia de indicios de que se ha producido violación del derecho fundamental o libertad pública, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad".

4.- En interpretación de dicho precepto (o del análogo art. 179.2 de la ahora derogada LPL), la jurisprudencia de esta Sala, acorde con la jurisprudencia constitucional, ha venido declarando que:

a) En la interpretación de dicho precepto, por su conexión con la protección y garantía de los derechos fundamentales, debe tenerse en cuenta, -- como recuerda, entre otras, nuestra STS/IV 20-enero-2009 (rcud 1927/2007) con invocación de la STS/IV 26-febrero-2008 (rcud 723/2007) --, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, por imperativo de lo dispuesto en el art. 5.1 Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ). Se afirma que "Precisamente para facilitar el rechazo judicial de la censurable conducta empresarial represaliante, el legislador ha instrumentado un mecanismo de defensa del derecho fundamental, cual es la inversión probatoria prevista en el art. 179.2 LPL ... Y al efecto se recuerda por el intérprete máximo de la Constitución que «precisamente, la prevalencia de los derechos fundamentales del trabajador y las especiales dificultades probatorias de su vulneración en aquellos casos constituyen las premisas bajo las que la jurisprudencia constitucional ha venido aplicando la específica distribución de la carga de la prueba en las relaciones de trabajo», hoy recogida en los arts. 96 y 179.2 LPL (SSTC 38/1981 ...; 47/1985 ...; 38/1986 ...; 114/1989 ...; 21/1992 ...; 266/1993 ...; 180/1994 ...; 136/1996 ...; 20/1997 ...; 29/2002 ...; 30/2002 ...; 66/2002 ...; 87/2004 ...; 144/2005 ...; 171/2005 ...; 326/2005 ...; 138/2006 ...; y 342/2006 ...)". Añadiendo que, como recordábamos en la STS/IV 22-enero-2008 (rcud 1092/2007), "para que opere el desplazamiento al empresario del «onus probandi» no basta simplemente con que el trabajador afirme su carácter discriminatorio [STC 266/1993 ...], sino que ha de acreditar la existencia de indicio que «debe permitir deducir la posibilidad de que aquélla [la vulneración constitucional] se haya producido» (SSTC 114/1989 ...; 85/1995 ...) (SSTC 144/2005 ...; 171/2005 ...), que genere una razonable sospecha, apariencia o presunción en favor de semejante afirmación; es necesario que por parte del actor se aporte una «prueba verosímil» [STC 207/2001 ...] o «principio de prueba» revelador de la existencia de un panorama discriminatorio general o de hechos de los que surja la sospecha vehemente de una discriminación, sin que sea suficiente la mera afirmación de la discriminación (por todas, SSTC 308/2000 ...; 41/2002 ...; 17/2003 ...; 98/2003 ...; 188/2004 ...; 38/2005 ...; 175/2005 ...; 326/2005 ...; 138/2006 ...; 168/2006 ...; 342/2006 ...). Y presente la prueba indiciaria, «el demandado asume la carga de probar que los hechos motivadores de la decisión son legítimos o, aun sin justificar su licitud, se presentan razonablemente ajenos a todo móvil atentatorio de derechos fundamentales; no se le impone, por tanto, la prueba diabólica de un hecho negativo --la no discriminación--, sino la razonabilidad y proporcionalidad de la medida adoptada y su carácter absolutamente ajeno a todo propósito atentatorio de derechos fundamentales» (entre las recientes, SSTC 14/2002 ...; 29/2002 ...; 41/2002 ...; 84/2002 ...; 48/2002 ...; 66/2002 ...; 17/2003 ...; 49/2003 ...; 171/2003 ...; 188/2004 ...; 38/2005 ...; 144/2005 ...; 171/2005 ...; 138/2006 ...; 168/2006 ...; y 342/2006 ...); «en lo que constituye [...] una auténtica carga probatoria y no un mero intento de

negar la vulneración de derechos fundamentales –lo que claramente dejaría inoperante la finalidad de la prueba indiciaria» (SSTC 87/2004 ...; 144/2005 ...; 171/2005 ...; 326/2005 ...; y 138/2006 ...). Concluyendo que “de esta forma, la ausencia de prueba trasciende de este modo el ámbito puramente procesal y determina, en último término, que los indicios aportados por el demandante desplieguen toda su operatividad para declarar la lesión del propio derecho fundamental [SSTC 197/1990 ...; 136/1996 ...] (SSTC 326/2005 ...; 138/2006 ...; y 168/2006 ...)”. En el mismo sentido, entre otras muchas posteriores, SSTS/IV 14-noviembre-2012 (rco 283/2011), 12-febrero-2013 (rco 254/2011), 17-diciembre-2013 (rco 109/2012), 14-mayo-2014 (rcud 1330/2013).

b) La anterior doctrina es acorde con la contenida en la STS/IV 25-marzo-1998 (rco 1274/1997), invocada por la empresa recurrente en apoyo de su tesis, en la que se afirmaba, en interpretación del art. 179.2 LPL, que “El precepto, según constante doctrina jurisprudencial (entre otras STS 7 de marzo de 1997), lo que viene a exigir del demandante, no es la mera alegación formal de hechos, de los que se deduzca la violación, sino la acreditación, al menos, de indicios racionales de que la conducta imputada a la parte demandada puede ser tachada de ilegalidad o discriminatoria, sin que baste, al efecto indicado probatorio, la afirmación de la existencia o apariencia de violación”, así como que “Como también han afirmado esta Sala (entre otras, STS 9 de febrero, 15 de abril y 23 de septiembre de 1996), los indicios son señales o acciones que manifiestan de forma inequívoca algo oculto, lo que es diferente al significado del término ‘sospechoso’, que no es sino imaginar o aprehender algo por conjeturas fundadas en apariencia”.

5.- Recordemos, igualmente, la clásica y reiterada doctrina constitucional, que desde antiguo proclama que:

a) “la celebración de un contrato de trabajo no implica la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano, así como también que la libertad de empresa (art. 38 CE) no legitima que los trabajadores hayan de soportar limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas (por todas, STC 196/2004, de 15 de noviembre ...). En este sentido, nuestra doctrina (sintetizada ... en la STC 41/2006, de 13 de febrero ...), sostiene que el ejercicio de las facultades organizativas del empleador no puede traducirse en la producción de resultados inconstitucionales, lesivos de los derechos fundamentales del trabajador, ni en la sanción del ejercicio legítimo de tales derechos por parte de aquél, de manera que no neutraliza el panorama indiciario la genérica invocación de facultades legales o convencionales. Por ello, venimos reiterando desde la STC 38/1981, de 23 de noviembre, que cuando se prueba indiciariamente que una decisión empresarial puede enmascarar una lesión de derechos fundamentales incumbe al empresario acreditar que su decisión obedece a motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio del derecho de que se trate y que es preciso garantizar en tales supuestos que los derechos fundamentales del trabajador no sean desconocidos por el empresario bajo la cobertura formal del ejercicio por parte de éste de los derechos y facultades reconocidos por las normas laborales (entre las más recientes, recogiendo esa doctrina, SSTC 41/2006, de 13 de febrero ...; y 342/2006, de 11 de diciembre)” (entre otras, STC 125/2007 de 21 mayo, 75/2010 de 19 de octubre, 76/2010 de 19 de octubre).

b) “la prueba indiciaria se articula en un doble plano (entre tantas otras, SSTC 90/1997, de 6 de mayo, y 66/2002, de 21 de marzo). El primero, la necesidad por parte del trabajador de aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental, principio de prueba o prueba verosímil dirigidos a poner de manifiesto el motivo oculto que se denuncia (STC 207/2001, de 22 de octubre). Bajo esas circunstancias, el indicio no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que debe permitir deducir la posibilidad de la lesión (SSTC 293/1993, de 18 de octubre; 87/1998, de 21 de abril; 140/1999, de 22 de julio; 29/2000, de 31 de enero; 207/2001, de 22 de octubre; 214/2001, de 29 de octubre; 14/2002, de 28 de enero; 29/2002, de 11 de febrero; 30/2002, de 11 de febrero; o 17/2003, de 30 de enero). Sólo una vez cumplido este primer e inexcusable deber, recaerá sobre la parte demandada la carga de probar que su actuación tuvo causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración, así como que tenían entidad suficiente para justificar la decisión adoptada. En otro caso, la ausencia de prueba empresarial trasciende el ámbito puramente procesal y determina, en última instancia, que los indicios aportados por el demandante desplieguen toda su operatividad para declarar la lesión del derecho fundamental concernido” (SSTC 75/2010 de 19 de octubre, 76/2010 de 19 de octubre); y

c) en el caso concreto en relación con el derecho a la huelga, que <<no resulta admisible que se niegue “la vulneración del derecho fundamental alegado sobre la base de la falta de intencionalidad lesiva del sujeto infractor, pues ... la vulneración de derechos fundamentales no queda supeditada a la concurrencia de dolo o culpa en la conducta del sujeto activo; esto es, a la indagación de factores psicológicos y subjetivos de arduo control. Este elemento intencional es irrelevante, bastando constatar la presencia de un nexo de causalidad adecuado entre el comportamiento antijurídico y el resultado prohibido por la norma (SSTC 11/1998, de 13 de enero...; 124/1998, de 15 de junio...; 126/1998, de 15 de junio...; 225/2001, de 26 de noviembre...; y 66/2002, de 21 de marzo...)” (STC 80/2005, de 4 de abril...) >>, así como que <<En esta segunda hipótesis será preciso, para considerar afectado el derecho fundamental, que concurren dos elementos, a saber: la conexión causal de la medida empresarial y el ejercicio del derecho de referencia y la existencia de un perjuicio laboral para quien lo

ejercitó. En otras palabras, habrá también lesión si, por razón exclusiva del ejercicio del derecho, se causa un perjuicio efectivo y constatable en el patrimonio jurídico del trabajador“>> (STC 6/2011 de 14 de febrero).

Octavo.

1.- Los derechos fundamentales cuya vulneración se cuestiona se proclaman en el art. 28 CE, disponiendo que “1. Todos tienen derecho a sindicarse libremente ... La libertad sindical comprende el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, así como el derecho de los sindicatos a formar confederaciones y a fundar organizaciones sindicales internacionales o afiliarse a las mismas. Nadie podrá ser obligado a afiliarse a un sindicato” y que “2. Se reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses. La ley que regule el ejercicio de este derecho establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad”.

2.- 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 huelga se consagra como un derecho constitucional, lo que es coherente con la idea del Estado social y democrático de Derecho establecido por el art. 1.1 CE, que entre otras significaciones tiene la de legitimar medios de defensa a los intereses de grupos y estratos de la población socialmente dependientes, y entre los que se cuenta el de otorgar reconocimiento constitucional a un instrumento de presión que la experiencia secular ha mostrado ser necesario para la afirmación de los intereses de los trabajadores en los conflictos socioeconómicos, conflictos que el Estado social no puede excluir, pero a los que sí puede y debe proporcionar los adecuados cauces institucionales; lo es también con el derecho reconocido a los sindicatos en el art. 7 de la Constitución, ya que un sindicato sin derecho al ejercicio de la huelga quedaría, en una sociedad democrática, vaciado prácticamente de contenido; y lo es, en fin, con la promoción de las condiciones para que la libertad y la igualdad de los individuos y grupos sociales sean reales y efectivas (art. 9.2 CE)”; así como que “Esa paralización parcial o total del proceso productivo se convierte así en un instrumento de presión respecto de la empresa, para equilibrar en situaciones límite las fuerzas en oposición, cuya desigualdad real es notoria. La finalidad última de tal arma que se pone en manos de la clase trabajadora, es el mejoramiento de la defensa de sus intereses”;

b) “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”;

c) “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”;

d) “El derecho de huelga, que hemos calificado ya como subjetivo por su contenido y fundamental por su configuración constitucional, goza además de una singular preeminencia por su más intensa protección. En efecto, la Constitución reconoce en su art. 37 el derecho de los trabajadores y empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo, pero desgaja de este marco general una de ellas, la huelga, para colocarlo en lugar preferente, el art. 28, confiriéndole -como a todos los de su grupo- una mayor consistencia que se refleja en el mayor rango exigible para la Ley que lo regule y en la más completa tutela jurisdiccional, con un cauce procesal ad hoc en la vía judicial ordinaria y el recurso de amparo ante nosotros (arts. 53, 81 y 161 CE)”; y

e) Concluyendo, la citada STS/IV 5-diciembre-2012, que “Como ha señalado la doctrina el contenido esencial del derecho de huelga incorpora, además del derecho de los trabajadores a incumplir transitoriamente el contrato de trabajo, el derecho a limitar la libertad del empresario ..., de manera que 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”.

3.- Igualmente esta Sala, analizando los límites de los derechos fundamentales de libertad de expresión, huelga y libertad sindical, ha interpretado que se vulneran estos dos últimos derechos fundamentales, en dos supuestos en los que mediante escritos empresariales se amenaza con medidas disciplinarias o con despido a los huelguistas, razonándose que:

a) “Es evidente que, con tal conducta, la empresa ... lesionó, de modo manifiesto, el derecho fundamental de huelga reconocido en el art. 28 CE a cada trabajador para su ejercicio en forma colectiva”, pues “Aunque la simple expresión de que el movimiento colectivo convocado se hallaba fuera de la Ley y era abusivo no es, de por sí, atentatorio del derecho fundamental de referencia, -sentencia de esta Sala de 22 de octubre de 2002 rec 48/2002)- sin embargo, el anuncio, con anterioridad al propio ejercicio del derecho en cuestión, de que se adoptarían medidas disciplinarias contra quienes siguiesen la huelga en los términos en que había sido convocada constituye, sin duda alguna, una intolerable intimidación y coacción que no puede ser amparada desde una perspectiva jurídico-constitucional”, concluyendo que “el comunicado de la empresa puesto en el tablón de anuncios va más allá de la simple expresión de una opinión o criterio de menor entidad como pretende la parte recurrente, sino que, dado el momento en el que se expuso al público y los términos en que se produjo, se revela como una inadecuada e impropia actuación empresarial que conlleva una forma de coacción, intolerable para los trabajadores a quienes se convocaba a la huelga” (STS/IV 23-diciembre-2003 –rco 46/2003);

b) “aunque fueran ciertos los esfuerzos empresariales por el adecuado mantenimiento de la empresa y de los puestos de trabajos en las mejores condiciones, en el cuestionado escrito empresarial se vierten claras y serias afirmaciones de que de secundarse la huelga e incidir ella en la posterior conducta de bancos y clientes se producirán despidos ..., no solo de las ‘personas involucradas’, sino también de las ‘personas que prestan servicio en el contrato, y además a una parte de las que prestan soporte para esos clientes’, lo que comporta una advertencia o amenaza (DRAE: dar a entender con actos o palabras que se quiere hacer algún mal a alguien) real y seria dirigida no solamente a quienes de manera directa o indirecta pretendieran ejercitar el derecho de huelga siguiendo las consignas sindicales ejerciendo presión sobre ellos sino incluso dirigida a los trabajadores en general de la empresa para que ejerzan presión sobre sus compañeros que pudieran ejercitar el derecho de huelga, lo que le convierte en un acto empresarial totalmente desproporcionado tanto con respecto a las actuaciones sindicales en el conflicto como con relación a la compatibilidad del pretendido derecho de libertad de expresión con el normal ejercicio de los derechos de libertad sindical y de huelga”, estableciendo como doctrina que “El ejercicio de los derechos de libertad sindical y de huelga, en especial este último de más intensa protección, puede comportar la exigencia de una publicidad especial dirigirse a las propias partes del conflicto o a terceros afectados, pero debe ajustarse, de forma necesaria y adecuada, a los estrictos términos de los derechos e intereses que se debatan en el concreto conflicto, y aunque encajen en ella actos de crítica en sentido amplio, no pueden ampararse los contenidos tendentes a desprestigiar a la empresa; y sin que, a la inversa, quepa justificar actos empresariales desproporcionados que puedan limitar el ejercicio de los derechos de huelga o el de libertad sindical bajo el pretendido amparo del ejercicio de las facultades organizativas del empleador o de la libertad de expresión” (STS/IV 12-febrero-2013 –rco 254/2011).

4.- Al tema ahora debatido cabe entender que afecta también la doctrina sustentada por esta Sala en un supuesto en el que, durante la celebración de paros parciales, una empresa ferroviaria realizó diversas sustituciones de trabajadores huelguistas por otros que no secundaron el paro convocado; se planteó la cuestión si tal sustitución interna, en apariencia legal y amparada formalmente en el convenio colectivo, 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. Esta Sala, en su STS/IV 8-mayo-1995 (rco 1319/1994), con invocación de dos anteriores sentencias de 24-octubre-1949 y de la STC 28-septiembre-1992, concluye que “gozando el derecho a huelga, de una singular preeminencia, para su intensa protección, como se deduce del art. 37 CE, ... la preeminencia de tal derecho, cuando se ejercita, como dice la sentencia del Tribunal Constitucional ya citada, anestesia, reduce y paraliza otros derechos, como sucede con el del art. 20 ET, pues el ejercicio por el empresario de las facultades que se derivan de este artículo dejaría inermes a los trabajadores en huelga variando de contenido el ejercicio de un derecho tan fundamental; en consecuencia desde la perspectiva de los principios constitucionales antes citados no es lícita la sustitución concreta efectuada ..., aunque se efectuase por otros del mismo o superiores nivel calificado para el desempeño de la actividad de los sustituidos en huelga y de los mismos centros de trabajo habiéndose vulnerado por el empresario con su conducta un derecho fundamental como es el ejercicio del derecho a la huelga. La justificación de la conducta empresarial ... referente a las normas del X Convenio Colectivo, normativa de Renfe, que prevé las sustituciones como las aquí llevadas a cabo, no habiéndose puesto en peligro la seguridad del tráfico ferroviario, carecen de relevancia dado lo antes dicho sin perjuicios de que pudieran tenerlo en otros ordenes jurisdiccionales; no se trata de compatibilizar el derecho al trabajo de unos trabajadores con el ejercicio del derecho de huelga de otros, ni de cubrir servicios esenciales dispuestos sino de vulneración de un derecho constitucional”.

5.- En análogo sentido, en un supuesto en el que en dos de los días de huelga “la empresa incluyó maquinistas en el gráfico del AVE Madrid-Barcelona-Madrid que no habían conducido trenes hasta la fecha, no

habiendo sido grafiados con anterioridad para dicha actividad”, esta Sala concluyó que “la actuación empresarial carece de cualquier justificación pues con esa actitud estuvo necesariamente vaciando de sustancia el contenido esencial del derecho de huelga al hacerla completamente ineficaz cual ha quedado acreditado que ocurrió ...”, así como 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, de acuerdo con el régimen jurídico que rige la distribución de la carga de la prueba cuando se trata de resolver sobre posibles atentados a cualquier derecho fundamental de conformidad con lo dispuesto en el art. 179.2 de la LPL y reiterada doctrina del Tribunal Constitucional recogida entre otras en su sentencia 2/2009, de 12 de enero, así como en reiterada doctrina de esta Sala en el mismo sentido”; 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” (STS/IV 8-junio-2011 –rc 144/2010).

6.- Finalmente y con carácter general esta Sala ha declarado, en concordancia con el art. 10.2 CE, que los derechos fundamentales y libertades públicas <<debe interpretarse “de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España” (art. 10.2 CE), guardando esta norma trascendental importancia en orden a la denominada por la jurisprudencia constitucional como “interpretación evolutiva de las instituciones”, reflejada en la STC 198/2012, de 6-noviembre, en la que se estructura una nueva forma interpretativa evolutiva ajustada a la realidad de los tiempos e interrelacionándola con el art. 10.2 CE y con “la observación de la realidad social jurídicamente relevante”; y, asimismo, en cuanto ahora también directamente nos afecta, destaca la importancia “en materia de la construcción de la cultura jurídica de los derechos, la actividad internacional de los Estados manifestada en los tratados internacionales, en la jurisprudencia de los órganos internacionales que los interpretan, y en las opiniones y dictámenes elaboradas por los órganos competentes del sistema de Naciones Unidas, así como por otros organismos internacionales de reconocida posición”>> (STS/IV 17-diciembre-2013 –rc 109/2012).

Noveno.

1.- En cuanto a la posible concurrencia de indicios de que se ha producido por parte de la empresa una violación del derecho fundamental de huelga, cuya justificación incumbe a la parte demandante (arg. ex art. 181.2 LRJS), -- la que debe de aportar, como se deduce de la jurisprudencia constitucional y ordinaria expuesta, un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental, principio de prueba o prueba verosímil dirigidos a poner de manifiesto el motivo oculto que se denuncia y partiendo, además, de que el indicio no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que debe permitir deducir la posibilidad de la lesión --, debemos partir, esencialmente, de los hechos declarados probados de la sentencia de instancia que han resultado inmodificados y de la adición efectuada a instancia empresarial en su recurso, en análogos términos a los razonados en la sentencia de instancia, pues, como se comprobará, las adiciones fácticas efectuadas no tienen la entidad suficiente para hacer variar la valoración resultante de aquéllos. Siendo dable destacar, como datos esenciales a estos fines, los siguientes:

a) La iniciación a instancia empresarial, en fecha 20-04-2012, de un periodo de consultas invocando causas económicas con el fin de alcanzar un posible acuerdo con la representación de los trabajadores 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 los días 20-04, 26-04 y 03-05-2012, con propuesta en esta última de someter a Asamblea la propuesta empresarial y con convocatoria, ese mismo día, por el Comité Intercentros, de una huelga indefinida a partir del día 08-05-2012; la realización, el día 06-05-2012, 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 08-05-2012, de dar por finalizado el periodo de consultas.

b) La referida convocatoria, el día 03-05-2012, por parte del Comité Intercentros de una huelga indefinida a partir del día 08-05-2012, “siendo los motivos de la huelga los siguientes: recortes salariales, recorte de personal, aumento de jornada, amenaza de cierre” (conforme adición efectuada al HP 5º de la sentencia recurrida); la huelga comenzaría efectivamente dicho día 08-05-2012.

c) El inicio de un nuevo periodo de consultas a instancia de la empresa y anunciado por ésta el día 09-05-2012, 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; la decisión final empresarial, fundada exclusivamente en causas económicas, el día 18-06-2012, -- 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 día 31-12-2012.

d) La inexistencia de variación en la situación económica, financiera y productiva de la empresa entre el 20-04-2012 y el 15-05-2012.

e) La extinción, hasta la fecha del juicio oral (18-09-2012), 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.

f) 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.

2.- La empresa niega en su recurso la existencia de que de tales datos resulten indicios de vulneración del derecho de huelga. Alega que la decisión de cierre, que ya conocía la representación de los trabajadores, al menos (rechazada la revisión fáctica sobre una pretendida fecha anterior) desde el día 03-05-2012 cuando convoca la huelga, no se toma por la empresa el día 09-05-2012, sino cuando termina el nuevo periodo de consultas del despido colectivo el día 18-06-2012; que no fue la convocatoria de huelga “la causa inmediata del inicio de un expediente de despido colectivo sino mas bien la falta de acuerdos con la representación social sobre las propuestas de viabilidad de la compañía”; que si bien la situación económica, financiera y productiva de la empresa los días 20-04-2012 y 15-05-2012 era la misma, ello refleja que la situación económica negativa empresarial era muy grave en ambas fechas y que “no habiendo desaparecido, tiene todo el sentido del mundo que se inicie un expediente de regulación de empleo”. Argumentando, finalmente, sobre el posible indicio consistente en la desproporción entre los trabajadores despedidos a la fecha del juicio entre los que habían secundado la huelga y los que no la habían secundado o la habían abandonado, -- reflejado en hechos probados que la empresa no impugna en casación --, que es un dato parcial, a una fecha determinada, no significativo por no abarcar el total periodo de seis meses que tenía la empresa para proceder a efectuar todos los despidos. En suma, la propia recurrente, y como conclusión final de su postura en el recurso de casación, reconoce que por la misma se constata “en los primeros días del mes de mayo de 2012 que no se alcanza ningún acuerdo con la representación de los trabajadores sobre la parte laboral del plan de viabilidad presentado por la empresa, siendo además ampliamente rechazado por toda la plantilla de los centros alaveses”, añadiendo que en esa situación, siendo además insuficientes las medidas industriales y comerciales, el empresario llega a la conclusión de tener que iniciar la vía del cierre de los centros de Vitoria y Urbina, como medida proporcionada a la grave situación económica de la empresa, razonable y justificada, no existiendo vinculación con los derechos fundamentales que se invocan de contrario.

3.- Como se razona en la sentencia recurrida y se argumenta por el Ministerio Fiscal en su informe, el relato de hechos probados sobre este concreto extremo es expresivo de la acreditación por la parte actora de unos hechos que conforman un panorama indiciario suficiente para que se desvíe el “onus probando” a la empresa demandada, obligando a esta última a aportar una justificación suficiente de la causa real que le llevó a adoptar la medida cuestionada y a probar que se trató de una actuación ajena a la vulneración del derecho fundamental de huelga denunciada, lo que no ha logrado acreditar.

4.- En efecto, los indicios que se deducen de los referidos hechos probados son claros y suficientes, pues aunque la representación de los trabajadores conociera la amenaza empresarial de cierre de dos centros de trabajo cuando convoca la huelga, no fue éste único motivo de la convocatoria, y, por el contrario, es la indicada convocatoria de huelga indefinida y su efectivo seguimiento lo que cabe entender que genera el radical cambio en la postura empresarial (cuantitativa y cualitativamente) sobre la forma de abordar una no cuestionada como existente y difícil situación económica empresarial, adoptando una medida, tan drástica y tan distinta de la originaria, como la de proceder al total cierre de dos centros de trabajo y a la extinción de todos los contratos de los trabajadores de sus plantillas, a pesar de que entre ambas fechas de toma de decisión empresarial, dada su real proximidad, las circunstancias económicas, productivas u organizativas de la empresa no habían variado, siendo realmente lo único que había supuesto un cambio en las condiciones existentes entre ambas fechas la declaración de huelga indefinida efectiva realizada ante el fracaso de unas negociaciones y su importante seguimiento; y sin que, por otra parte, conste adopción de medida alguna empresarial en relación a otros dos centros de trabajo de la propia empleadora afectados por la situación económica global de ésta.

5.- Justificados, por lo expuesto, lo referidos indicios de vulneración del derecho fundamental de huelga, recae sobre la parte demandada, conforme a la jurisprudencia constitucional y ordinaria expuesta, la carga de probar que su actuación tuvo causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración, así como que tenían entidad suficiente para justificar la decisión adoptada. En el presente caso, a pesar de las alegaciones empresariales, no se logran desvirtuar tales indicios, poniéndose de relieve por el Ministerio Fiscal lo que, gráficamente, describe como “torpeza de la empresa” que “ante los acontecimientos que se van sucediendo lanza ‘el farol’ de que si los trabajadores no aceptan todas las condiciones expuestas procederá al cierre definitivo de las dos plantas y a la extinción contractual de la totalidad de la plantilla” y que “a ello hay que añadirle que precisamente esa amenaza de cierre se produce justo en las fechas en las que se anticipa el legítimo derecho de huelga”. Los anteriores indicios se corroboran, como destaca la sentencia recurrida e informa el Ministerio Fiscal, - y no logra desvirtuar la empresa, con su alegación de tratarse de datos parciales a una fecha determinada, pues evidencian el proceder siquiera inicial de la empresa en los tres primeros meses de aplicación de la medida extintiva dentro los seis meses que disponía para ello --, con la evolución de las extinciones contractuales efectuadas por la empresa en los primeros tres meses de aplicación de la medida, las que afectaron de una manera muy relevante a quienes secundaron aquella huelga y no la abandonaron. Evidenciándose, en suma, que la amenaza empresarial de cierre pretendía que los trabajadores cesaran en su actitud del ejercicio del derecho de huelga o, como se describía en la referida STS/IV 12-febrero-2013, constituyendo una actuación empresarial “real y sería dirigida no solamente a quienes de manera directa o indirecta pretendieran ejercitar el derecho de huelga siguiendo las consignas sindicales ejerciendo presión sobre ellos sino incluso dirigida a los trabajadores en general de la empresa para que ejerzan presión sobre sus compañeros que pudieran ejercitar el derecho de huelga, lo que le convierte en un acto empresarial totalmente desproporcionado ...” con relación al normal ejercicio del derecho de huelga.

6.- Para desvirtuar los anteriores indicios, desviado el “onus probando” a la empresa demandada, debía aportar ésta una justificación suficiente de la causa real que le llevó a adoptar la drástica medida cuestionada, en relación con la precedente y a pesar de no haber variado las circunstancias esencialmente económicas de la empresa, y a probar que se trató de una actuación ajena a la vulneración del derecho fundamental de huelga denunciada, lo que no ha logrado acreditar. La empresa asume los datos económicos que se reflejan en los hechos probados de la sentencia de instancia y, aun teniendo en cuenta el único dato que ha logrado aclarar o modificar, no existe base suficiente para entender que, aun partiendo de una no cuestionada difícil situación económica empresarial, la decisión extintiva global de cierre de dos centros y extinción de los contratos de trabajo de la totalidad de la plantilla acordada en dichos momentos, cambiando radicalmente otras medidas propuestas en fechas anteriormente inmediatas, respondiera a criterios estrictamente empresariales y a que, de manera súbita o repentina, se diera cuenta el empresario, tras el fracaso del anterior periodo de consultas y de que, como alega en el recurso, siendo además insuficientes las medidas industriales y comerciales, de que debía iniciar en ese preciso momento la vía del cierre de los centros de Vitoria y Urbina, como medida proporcionada a la grave situación económica de la empresa, razonable y justificada, y que no existía, por tanto, vinculación con los derechos fundamentales que se invocan de contrario.

7.- La existencia de tal difícil situación económica empresarial y la necesidad de adoptar, entre otras, posibles medidas extintivas contractuales, en mayor o menor grado, no neutraliza por sí misma el panorama indiciario acreditado de contrario, ya que no excluye que, en el caso de autos, se utilizase como pretexto para dar cobijo a una actuación lesiva del derecho de huelga, al no haber logrado la empresa cumplir con su carga de probar que la causa motivadora de su drástica decisión se hubiera producido verosímelmente en cualquier caso y al margen de toda vulneración del derecho fundamental aducido, con base en motivos razonables y ajenos a todo propósito contrario a los derechos fundamentales; dado además que, conforme a la jurisprudencia constitucional y ordinaria expuestas, las facultades organizativas empresariales también se encuentran limitadas por los derechos fundamentales de los trabajadores, sin que sea suficiente la invocación de unas causas económicas y de la necesidad de remediarlas, como ahora ha acontecido, para justificar el sacrificio de estos últimos, así como que, aunque pudiera tratarse hipotéticamente de una decisión ajustada a la legalidad ordinaria el adoptarla durante dichos días de huelga no puede aceptarse como causa de justificación ante un supuesto atentado a dicho derecho fundamental.

8.- Por lo que, en definitiva, a falta de otras razones que objetiven la medida adoptada, en su ausencia prevalece el panorama indiciario, no desvirtuado, de que la medida empresarial 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; por lo que, 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 resultante es que queda comprometido este derecho, 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.

9.- En último extremo, aunque se aceptara que tales actos no eran desproporcionados o drásticos y que la empresa en situaciones objetivas estaba facultada para realizarlos conforme a la legalidad ordinaria, resultaría igualmente, como ha declarado nuestra jurisprudencia, que 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. Efectuó, por tanto la ahora recurrente, con la decisión colectiva ahora impugnada una medida de retorsión lesiva del derecho de huelga efectuándola sin real lapso de tiempo intermedio, al día siguiente del comienzo de la huelga declarada.

10.- En suma, 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, cabe concluir que se ha efectuado por la empresa una vulneración del derecho fundamental de huelga de los trabajadores y sindicatos (arts. 1.1, 7, 9.2 y 28.2 CE), pues, 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”.

Décimo.

1.- Aun constatada la interrelación entre ambos derechos fundamentales (huelga y libertad sindical) y acreditada la vulneración del primero, debe analizarse separadamente la impugnada vulneración del segundo.

2.- En la LOLS (Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical) se preceptúa que “La libertad sindical comprende: ... d) El derecho a la actividad sindical” (art. 2.1.c); que “2. Las organizaciones sindicales en el ejercicio de la libertad sindical, tienen derecho a: ... d) El ejercicio de la actividad sindical en la empresa o fuera de ella, que comprenderá, en todo caso, el derecho a la negociación colectiva, al ejercicio del derecho de huelga, al planteamiento de conflictos individuales y colectivos y a la presentación de candidaturas para la elección de Comités de Empresa y Delegados de Personal, y de los correspondientes órganos de las Administraciones Públicas, en los términos previstos en las normas correspondientes” (art. 2.d); que “Serán nulos y sin efecto ... las decisiones unilaterales del empresario que contengan o supongan cualquier tipo de discriminación en el empleo o en las condiciones de trabajo, sean favorables o adversas, por razón de la adhesión o no a un sindicato, a sus acuerdos o al ejercicio en general de actividades sindicales” (art. 12), así como que “Cualquier trabajador o sindicato que considere lesionados los derechos de libertad sindical, por actuación del empleador, asociación patronal, Administraciones públicas o cualquier otra persona, entidad o corporación pública o privada, podrá recabar la tutela del derecho ante la jurisdicción competente a través del proceso de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona” (art. 13.1). Lo que en sus aspectos colectivo e individual en orden a la tutela jurisdiccional de la libertad sindical y represión de las conductas antisindicales tiene su desarrollo en el orden social, especialmente, en los arts. 177 a 184 LRJS, aunque por imperativo de este último precepto tratándose el presente de un proceso de impugnación de un despido colectivo en el que se invoca lesión de derechos fundamentales y libertades públicas debe tramitarse inexcusablemente, con arreglo a la modalidad procesal correspondiente regulada en el art. 124 LRJS, acumulando al mismo la referida pretensión de tutela con las propias de la modalidad procesal respectiva, sin merma de las garantías procesales, puesto que “Cuando la tutela del derecho deba necesariamente realizarse a través de las modalidades procesales a que se refiere el artículo 184, se aplicarán en cuanto a las pretensiones de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas las reglas y garantías previstas en este Capítulo, incluida la citación como parte al Ministerio Fiscal” (art. 178.2 LRJS).

3.- En el presente caso, la lesión del derecho de libertad sindical denunciada por los sujetos colectivos impugnantes de la decisión extintiva empresarial es la que a ellos afecta (arg. ex art. 177.1 LRJS) y no la lesión predominantemente individual de tal derecho que pudiera afectar a los trabajadores afiliados o a los trabajadores despedidos en general de tratarse de sindicato mas representativo (arg. ex art. 177.2 LRJS), sin perjuicio de que a los efectos de determinar la existencia de indicios de vulneración del derecho de libertad sindical colectiva se pueda valorar la incidencia de las posibles vulneraciones individuales de tal derecho, partiendo de que, conforme a la jurisprudencia constitucional, “forma también parte del contenido del derecho a la libertad sindical del art. 28.1 CE el derecho del trabajador a no sufrir, por razón de su afiliación o actividad sindical, menoscabo alguno en su

situación profesional o económica en la empresa, 'garantía de indemnidad' que veda cualquier diferencia de trato por tales razones y que determina el menoscabo del derecho a la libertad sindical si la actividad sindical tiene consecuencias negativas para quien la realiza, o si éste queda perjudicado por el desempeño legítimo de la actividad sindical (SSTC 17/1996 ...; 87/1998 ...; 191/1998 ...; 30/2000 ...; 173/2001 ...; 185/2003 ...; y 17/2005 ...) (entre otras, SSTC 188/2004 de 2-noviembre y 241/2005, de 10-octubre).

4.- Partiendo, por lo expuesto, de que el ejercicio de la actividad sindical comprende, en todo caso, el derecho al ejercicio del derecho de huelga (arg. ex art. 2.d LOLS) y de la interrelación de ambos derechos fundamentales, jurisprudencialmente destacada, debe analizarse lo afectante a la existencia o no de indicios de la vulneración por parte de la empresa de este derecho fundamental de libertad sindical.

5.- La sociedad recurrente no ha propuesto la modificación de ninguno de los hechos declarados probados de la sentencia de instancia en los que ésta se basa para declarar la existencia de tales indicios, por lo que asumimos, -- conforme propone el Ministerio Fiscal en su informe --, los datos expuestos en la sentencia recurrida, en orden, fundamentalmente, a determinar la existencia de una conexión directa entre el ejercicio del derecho de huelga y su conexión con el derecho de libertad sindical en el caso concreto, por lo antes expuesto sobre la vulneración del derecho de huelga, unida a la representatividad en el ámbito empresarial del sindicato demandante y a su presencia en el Comité Intercentros.

6.- Justificados los anteriores indicios, la empresa demandada, debía aportar una justificación suficiente de la causa real que le llevó a adoptar la medida cuestionada, acreditando que la decisión impugnada era ajena a la huelga ya declarada y satisfactoriamente seguida como manifestación del ejercicio del derecho de libertad sindical, así como, derivadamente, de los criterios y su racionalidad en la ejecución de la medida en relación con trabajadores que consta probado pertenecían al sindicato ELA y vinculados con la huelga, lo que no efectúa; reiterando en su recurso argumentos sobre su situación económica y la facultad empresarial de tomar tales decisiones, debiendo remitirnos para rechazarlos a lo antes expuesto a tratar este extremo sobre el derecho de huelga, y entendiendo, como efectúa el Ministerio Fiscal en su informe, que "existen indicios sobrados y más que suficientes y razonables para llevarnos a la conclusión de que la voluntad de la empresa era forzar una negociación mediante una política coactiva que intentó vulnerar el derecho de huelga a lo que añadió el despido de una gran parte de trabajadores en huelga pertenecientes al mismo sindicato". Cabe, también, concluir sobre este derecho fundamental, que se ha efectuado por la empresa una vulneración del derecho fundamental de libertad sindical en su aspecto colectivo (arts. 28.1 CE).

Undécimo.

Procede, por todo lo expuesto, entender que la medida acordada por la empleadora recurrente consistente en extinguir todos los contratos de trabajo de los centros de Vitoria-Gasteiz y Urbina, que suponen su cierre, constituye una vulneración de los derechos fundamentales de huelga y de libertad sindical por ser una directa respuesta a la declaración y decisión colectiva de secundar una huelga indefinida tras el fracaso de las previas negociaciones tendentes a modificar condiciones de trabajo y a amortizar solamente 91 puestos de trabajo en dichos centros y, en consecuencia, desestimar el recurso de casación ordinario interpuesto por la empresa demandada; con imposición de costas a la parte recurrente al no tratarse formalmente la modalidad de despido colectivo de un proceso de conflicto colectivo en el que rigen otras reglas en orden a las costas procesales (art. 235.1 LRJS).

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

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de casación ordinario 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-octubre-2012 (autos nº 13/2012), recaída en proceso de impugnación de despido colectivo 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. Con costas.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, 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. Jesús Gullón Rodríguez
D. Gonzalo Moliner Tamborero
D. Luis Fernando de Castro Fernández
D. Jordi Agustí Julià
D. José Manuel López G^a de la Serrana
D^a María Lourdes Arastey Sahún
D. Miguel Ángel Luelmo Millán
D. Jesús Souto Prieto

D. Fernando Salinas Molina
D^a Milagros Calvo Ibarlucea
D. José Luis Gilolmo López
D^a María Luisa Segoviano Astaburuaga
D^a Rosa María Viroles Piñol
D. Manuel Ramón Alarcón Caracuel
D. Antonio V. Sempere Navarro

VOTO PARTICULAR que formula EL EXCMO. SR. MAGISTRADO D. JOSE LUIS GILOLMO LOPEZ, al que se adhiere EL EXCMO. SR. MAGISTRADO D. JOSE MANUEL LOPEZ GARCIA DE LA SERRANA, a la sentencia dictada en el recurso de casación común 11/2013.

De conformidad con lo establecido en el artículo 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, formulo voto particular a la sentencia dictada en el recurso de ordinario de casación nº 11/2013 para sostener, con el respeto que me merece la decisión mayoritaria, la posición que mantuve en la deliberación y que, en lo esencial, consiste en reiterar y dar por reproducidos, para evitar inútiles repeticiones, todos los argumentos que constan en la sentencia dictada en estas mismas actuaciones el 20 de septiembre de 2013, anulada luego por auto del 26 de marzo de 2014, así como los que igualmente figuran en el voto particular formulado en esta última resolución.

Desde mi punto de vista, la prueba más clara de que aquella primera sentencia nunca debió ser anulada, porque en ella no incurrimos en ninguna de las nueve causas de nulidad aducidas entonces por la organización sindical demandante, ni, desde luego, en el defecto de incongruencia acogido por nuestro auto de 26 de marzo de 2014, no es sino que la sentencia de la que ahora también discrepo no aporta razón o argumento novedoso alguno que no hubiera sido ya analizado y resuelto antes por esta propia Sala al hilo de las alegaciones que ambas partes efectuaron de manera más o menos explícita en sus respectivos escrito de interposición e impugnación del recurso; y cuando aludo a la ausencia de cualquier novedad en la sentencia de la que me aparto no me refiero sólo a los complejos y, en mi opinión, acertados razonamientos que se contenían en aquella primera resolución anulada sino también a los que expresaban los dos votos particulares entonces discrepantes. Son estos últimos argumentos los que esgrime la nueva sentencia, aunque ahora, por mor de los cambios producidos entre los integrantes de la Sala, se reproducen en lo esencial pero para confirmar la sentencia de instancia y desestimar así los motivos de casación articulados por la empleadora.

Así pues, esa modificación circunstancial de los integrantes de la Sala, pone claramente de relieve que, lejos de completar, subsanar o rectificar una resolución incongruente, la solución que ahora se alcanza por la decisión mayoritaria en este ámbito de la jurisdicción ordinaria sólo ha supuesto un cambio radical de criterio respecto a las principales cuestiones ya debatidas que, precisamente, por no obedecer a nuevas y motivadas argumentaciones, distintas a las que ya se analizaron y expresaron de forma discrepante en nuestra primera resolución, incurre en arbitrariedad por faltarle una motivación reforzada y, lo que tal vez sea peor, constituye una flagrante vulneración del principio de seguridad jurídica que garantiza nuestra Constitución en su art. 9.3, porque únicamente obedece a ese dato circunstancial de la variación en la composición de la Sala que, desprovisto de aquella novedosa o reforzada motivación, debería haber resultado irrelevante.

Como consecuencia de la jubilación forzosa del primer ponente y de la legítima incorporación de tres Magistrados que, por diversos motivos legales, no pudieron estar presentes en la deliberación del 18 de septiembre de 2013 pero que, luego, al haberse reincorporado a la Sala cuando de produjo la deliberación anulatoria y participaron igualmente en la que ha dado lugar a la presente resolución, varió la composición de la Sala y ello ha sido el único y verdadero motivo determinante del cambio de criterio. Parece transmitirse así, como se ha destacado por doctrina autorizada a raíz del auto anulatorio, "que lo único realmente decisivo para el actual pronunciamiento es la diferencia en la composición de quienes las han deliberado, que ha alterado la mayoría, lo cual ... suscita una preocupante duda de si no se incita, con ello, a la promoción de incidentes de nulidad de actuaciones en casos de pronunciamientos con mayorías exiguas, en la confianza de que se produzca una alteración similar".

En definitiva, e insisto, con remisión a todos cuantos argumentos expresaba la anulada sentencia del 20 de septiembre de 2013 y a los que expuse, por adhesión, en el voto particular del auto de 26 de marzo de 2014, en mi opinión, el recurso debió ser estimado en la misma forma y medida que acordó aquella nuestra primera sentencia.

Madrid a 18 de julio de 2014.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Fernando Salinas Molina y el Voto Particular que formuló el Excmo. Sr. Magistrado D. José Luis

Gilolmo López, al que se adhirió D. José Manuel López García de la Serrana hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.