

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 168/2022, de 22 de febrero de 2022

Sala de lo Social

Rec. n.º 232/2021

SUMARIO:

Precision Casting Bilbao, S.A.U. Empresa dedicada a la fabricación de motores de aviones. ERTE declarado nulo seguido de despido colectivo por causas económicas y productivas durante la pandemia causada por la Covid-19. No cabe aducir como causa de despido aquella que deriva de la pandemia y es esencialmente temporal, en cuyo caso el empresario debe proceder a las suspensiones o reducciones de jornada de carácter temporal. Sin embargo, aunque las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción estén relacionadas con la Covid-19, si se acredita que son objetivamente definitivas y que han adquirido una sustantividad propia incompatible con la temporalidad propia de los ERTE, en tal caso la empresa sí que podrá acordar el despido colectivo (u objetivo). En estos casos, dado que el legislador ha priorizado la adopción de medidas de flexibilidad interna, incumbe a la empresa acreditar que las circunstancias que motivaron el despido colectivo son estructurales y no meramente coyunturales, deber que aparece reforzado con especial énfasis. En el supuesto objeto de controversia, la empresa no ha cumplido con esta obligación, es más, se ha acreditado la existencia de indicios de que se ha producido una vulneración de la garantía de indemnidad de los trabajadores, puesto que sus representantes impugnaron el ERTE acordado por la empresa, se dictó sentencia por el Juzgado de lo Social declarándolo nulo en septiembre de 2020 y en noviembre de ese mismo año la compañía comenzó un proceso de despido colectivo. Dicha conexión temporal es un indicio de vulneración de la garantía de indemnidad, por lo que el despido colectivo debe declararse nulo al no aportar el empleador una justificación objetiva y razonable, deviniendo irrelevante el examen de la alegación de la parte recurrente relativa a que los despidos colectivos que vulneran el artículo 2 del RDL 9/2020 deben declararse no ajustados a derecho. Sala General.

PRECEPTOS:

RDLeg. 2/2015 (TRET), art. 51.1 y 2.

RDL 8/2020 (Medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19), arts. 22 y 23.

RDL 9/2020 (Medidas complementarias, en el ámbito laboral, para paliar los efectos derivados del COVID-19), art. 2.

PONENTE:

Don Juan Molins García-Atance.

SENTENCIA

Excmas. Sras. y Excmos. Sres.

D^a. María Luisa Segoviano Astaburuaga

D^a. Rosa María Virolés Piñol

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Ángel Blasco Pellicer

D. Sebastián Moralo Gallego

D^a. María Luz García Paredes

D^a. Concepción Rosario Ureste García

D. Juan Molins García-Atance

D. Ricardo Bodas Martín

D. Ignacio Garcia-Perrote Escartín

En Madrid, a 22 de febrero de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de casación ordinario interpuesto por la Letrada D^a ..., en nombre y representación de la mercantil Precision Casting Bilbao SAU (PCB) contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en fecha 4 de mayo de 2021, procedimiento 10/2021, en actuaciones seguidas en virtud de demandas acumuladas, procedimientos números 6/2021, 7/2021 y 13/2021, sobre despido colectivo a instancia de los sindicatos Confederación Sindical de CCOO de Euskadi, la Central Sindical LAB y la Federación de Industria, Construcción y Agro de la Unión General de Trabajadores (FICA- UGT) contra Precision Casting Bilbao SAU (PCB), habiendo sido parte el Ministerio Fiscal.

Ha comparecido en concepto de recurrido la Federación de Industria, Construcción y Agro de la Unión General de Trabajadores (FICA-UGT), representada y asistida por el Letrado D..., la Confederación Sindical ELA, representada y asistida por la Letrada D^a..., la Confederación Sindical de CCOO de Euskadi, representada y asistida por el Letrado D... y la Central Sindical LAB, representada y asistida por el Letrado D...

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Juan Molins García-Atance.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

Por la representación letrada de los sindicatos Confederación Sindical de CCOO de Euskadi, la Central Sindical LAB y la Federación de Industria, Construcción y Agro de la Unión General de Trabajadores (FICAUGT), se presentaron demandas en el mismo sentido que la anterior y que fueron acumuladas, procedimientos números 6/2021, 7/2021 y 13/2021, sobre despido colectivo, de las que conoció la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, y en la que tras exponer los hechos y motivos que estimaron de aplicación terminó suplicando se dictara sentencia en la que estimando la demanda se declare que: «la decisión extintiva sea declara NULA condenando de manera solidaria a las demandadas a estar y pasar por esta declaración, reconociendo el derecho de los trabajadores afectados a la reincorporación a sus puestos de trabajo en las mismas condiciones que ostentaban con anterioridad al despido con las consecuencias inherentes de tal declaración ex art. 124.11 y 123 LRJS o subsidiariamente se declare NO AJUSTADO A DERECHO el despido al no concurrir ni acreditarse la concurrencia de las causas invocadas por la empresa, condenando de manera solidaria a las demandadas a estar y pasar por esta declaración con las consecuencias inherentes de tal declaración ex art. 124.11 y 123 LRJS, con las consecuencias legales inherentes a dicha declaración, por ser de Justicia que pido en Bilbao, a 25 de enero de 2021.»

Segundo.

Admitida a trámite la demanda se celebró el acto del juicio, con la intervención de las partes y el resultado que se refleja en el acta que obra unida a las actuaciones. Recibido el pleito a prueba se practicaron las propuestas por las partes y declaradas pertinentes.

Tercero.

En fecha 4 de mayo de 2021 se dictó sentencia por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en la que consta el siguiente fallo: «Se estiman las demandas acumuladas, procedimientos números 6/2021, 7/2021 y 13/2021, interpuestas por Doña..., letrada que actúa en nombre presentación de la Confederación Sindical ELA, don..., que lo hace en nombre y representación de la Confederación Sindical de Comisiones Obreras de Euskadi; don... por la Central Sindical LAB y don..., que interviene por cuenta de la Federación de Industria, Construcción y Agro de la Unión General de Trabajadores frente a la empresa Precisión Casting Bilbao, S A, Comité de Empresa de la misma, y la mercantil Industria Turbo Propulsores, SA y previo tener por desistidos a los demandantes de la pretensión interpuesta contra esta última empresa, se declara, por un lado, nula la decisión extintiva de los contratos de trabajo comunicada por la empresa el 7 de enero de 2021 que afectaba a 87 trabajadores y tres más cautelarmente; y, por otro, el derecho de los trabajadores despedidos a la reincorporación a su puesto de trabajo en iguales circunstancias a las regían con anterioridad al despido y al abono de los salarios de tramitación dejados de percibir desde la extinción hasta que proceda la readmisión, con reintegro de las indemnizaciones percibidas en cuanto esta se produzca, condenando a la empresa demandada — PCB- a estar y pasar por la anterior declaración. Se rechaza la excepción de inadecuación de procedimiento.»

Cuarto.

En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: «PRIMERO.- La empresa demandada tiene como actividad principal la fundición de piezas a la cera perdida o procedimientos de calidad similares en

súper aleaciones de base de níquel, cobalto u otros materiales; igualmente, presta servicios de tratamiento térmico, mecanizado, pulido y actividades de ingeniería y desarrollo para piezas en particular aéreo espaciales. Está participada por la empresa ITP, y esta, a su vez, es una entidad corporativa dentro del grupo Rolls-Royce. Sus tres principales clientes son la empresa últimamente citada, IPT y Safran.

SEGUNDO.- La actividad indicada se desarrolla entre las dos plantas de la compañía en Barakaldo y Sestao, siendo aquella la originaria, mientras que esta última fue construida en 2017, con una inversión de unos 24 millones de euros entre 2016 y 2019, y un incremento de plantilla de la media existente en 2015. La dotación de personal se llevó a cabo mediante la transformación de distintos contratos temporales y otros pertenecientes a empresas de trabajo temporal, alcanzándose un denominado Acuerdo Laboral el 2 de junio de 2016 entre la empresa y la representación de los trabajadores, por el que se llevó a cabo la regularización de la contratación existente, fijándose el modelo de contratación y estableciéndose un tope máximo de contratación eventual por 24 meses, que después sería indefinido, y ello si durante los primeros doce meses la valoración del mando era positiva, y en los siguientes doce meses no concurría una caída justificada de la carga de trabajo, a la que podía quedar supeditada la conversión de los contratos en indefinido. Y en caso de la caída de la carga de trabajo acontecido se tendría en cuenta como criterios de salida la menor antigüedad del trabajador. Por último, se había previsto que en caso de la existencia de una caída de la carga de trabajo se respetaría el orden de salida a la hora de reincorporarse, atendiendo a la necesidad de la sección o secciones en las que se habían desarrollado las funciones.

TERCERO.- Previa comunicación remitida por la empresa a la representación de los trabajadores se celebró el 24 de Noviembre de 2020 el acta de la reunión de negociación del despido colectivo iniciado por la empresa, exponiéndose por la demandada las diversas causas y motivos del despido que afectaría a 133 puestos de trabajo de la plantilla. En esta reunión se entregó a la comisión representativa de los trabajadores los poderes del representante empresarial, la información relativa a las diversas causas, trabajadores potencialmente afectados con sus circunstancias, comunicación a la autoridad laboral; memoria explicativa e informe técnico; documentación fiscal y cuentas anuales de 2018 a 2019 y provisionales 2020 de PCB e ITP; así como detalle del plan de recolocación y otras circunstancias sociales de acompañamiento.

CUARTO.- Se han celebrado sendas reuniones los días 2, 10, 16, 21 y 23 de diciembre de 2020, participando en ellas la dirección de la empresa y la representación de los trabajadores. En las indicadas reuniones existieron diversas deliberaciones, ofertas, propuestas y contrapropuestas. La empresa ha aportado en estas deliberaciones distintas documentaciones solicitadas, rebajándose el número de trabajadores afectados inicialmente y proponiéndose nuevas condiciones en orden a las indemnizaciones y condiciones del despido. Los trabajadores presentaron diferentes propuestas, acompañándose las de la empresa y estas a las actas, y siendo valoradas en las reuniones las mismas. En el desarrollo de estas convocatorias se aludió por la empresa a la posibilidad de obtener un cliente cuya identidad no se desveló aunque la representación de los trabajadores lo requirió.

QUINTO.- En la denominada acta final del periodo de consultas de 23 de diciembre de 2020 en el punto 5º consta que se acordaba cerrar el periodo de consultas sin acuerdo.

SEXTO.- El 7 de enero de 2021 la empresa comunicó su decisión acerca de la medida extintiva de despido, la cual afectaba a 87 trabajadores y otros tres cautelarmente, siendo los criterios de selección los siguientes: voluntariedad de los trabajadores; prioridad de permanencia de la representación legal de los trabajadores; afectación en la línea en la que se produzca una bajada o desaparición de carga de trabajo, así como asignación a proyectos que finalizan a corto plazo; formación y cualificación profesional; grado de competencia en el desarrollo de las funciones asignadas al puesto de trabajo, especialmente con aquellos trabajadores que resultasen polivalentes; grado de desempeño; y, especialización en funciones críticas. Y se indicaba que los despidos se llevarían a cabo entre el dieciocho de enero y el 31 de marzo de 2021.

SÉPTIMO.- La empresa ha pasado desde enero hasta el 17 de noviembre de 2020 de 491 trabajadores fijos a 493, y de 126 eventuales a ocho. En el año 2015 la media de la plantilla era de 266, pasando a 365 en 2016 y a 500 en 2017, siendo 528 en 2018 y 573 en 2019.

OCTAVO.- La empresa ha venido realizando en los ejercicios 2017 a 2020 un total de inversiones que alcanzan casi los 16 millones de euros. Las previsiones de ventas para 2020, según contrataciones concertadas y confirmadas determinaban subidas del 7,6% y 3,5% en 2020 respecto al ejercicio 2019. Las pérdidas económicas en los ejercicios 2018 y 2019 son atribuibles a gastos financieros y a la desactivación de créditos fiscales. La evolución trimestral de ingresos según las declaraciones del IVA son las siguientes: 2018, primer trimestre 8049,5; segundo trimestre 7384,4; tercer trimestre 7084,1; cuarto trimestre 11456,9. En el ejercicio 2019, primer trimestre 8531,5; segundo trimestre 8205,7; tercer trimestre 6612,7; cuarto trimestre 9108,4. Y, en 2020, primer trimestre 7449,0; segundo trimestre 7229,5; y tercer trimestre 4827,8, siempre de miles de euros.

NOVENO.- En el informe de auditoría de la empresa sobre las cuentas anuales a 31 de diciembre de 2019 de 22-9-2020 se indicaba que con una gestión prudente se mantenía el efectivo suficiente, de forma que se permitía controlar adecuadamente el riesgo de liquidez del negocio y que el grupo ITP tenía intención de reducir en un 15% su plantilla, constando, igualmente, la previsión de la empresa Rolls Royce de vender IPT areo.

DÉCIMO.- Se tramitó por la empresa demandada Expediente de Regulación Temporal de Empleo-ERTE-, iniciado el 11 de mayo de 2020, con una decisión de suspensión de contratos el 2 de junio de 2020 que afectaba para los periodos de 5 de junio a 31 de octubre 22 días y del 15 de julio a 31 de octubre 15 días, según el personal afectado. Dicha decisión empresarial fue declarada nula judicialmente por el Juzgado de lo Social número nueve de Bilbao en sentencia de 11 de septiembre de 2020; resolución confirmada por la Sala de lo Social del TSJPV, recurso 532/21, en sentencia de 20 de abril de 2021, salvo en su calificación que fue de injustificada.

UNDÉCIMO.- La empresa demandada el 11 de mayo de 2021 comunicó a la representación de los trabajadores su intención de iniciar un expediente de suspensión de contratos, el que tras las oportunas reuniones finalizó con el acta final del periodo de consultas de 25 de mayo de 2021, en el que se tuvo por terminado el mismo sin acuerdo.

DUODÉCIMO.- El Comité de empresa está conformado por seis miembros de UGT, 4 de LAB, seis de Comisiones Obreras y uno de ELA, delegado sindical, siendo el total de 17.»

Quinto.

Contra dicha resolución se interpuso recurso de casación por la representación letrada de la mercantil Precision Casting Bilbao SAU (PCB), siendo admitido a trámite por esta Sala.

Sexto.

Impugnado el recurso por la parte recurrida, se emitió informe por el Ministerio Fiscal en el sentido de considerar que el recurso debe ser desestimado. Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos. Estimando la Sala que, dadas las características de la cuestión jurídica planteada y su trascendencia, procedía su debate por la Sala en Pleno, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 197 de la Ley de Orgánica del Poder Judicial, a tal efecto, para su celebración se señaló el día 16 de febrero de 2022, convocándose a todos los Magistrados de la Sala, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

1.- La controversia litigiosa radica en dilucidar cuál debe ser la calificación del despido colectivo realizado por la empresa Precision Casting Bilbao SAU (en adelante PCB).

La sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en fecha 4 de mayo de 2021, procedimiento 10/2021, estimó íntegramente la demanda de despido colectivo, declarándolo nulo.

2.- Contra ella recurre en casación ordinaria la empresa PCB formulando:

a) Un motivo amparado en el art. 207.d) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (en adelante LRJS) y subsidiariamente en el art. 207.e) del mismo texto legal, en el que alega que la sentencia recurrida incurre en incongruencia extra petitum.

b) Diez motivos amparados en el art. 207.e) de la LRJS en los que postula la revisión del relato histórico de instancia.

c) Dos motivos sustentados en la letra e) del art. 207 de la LRJS en los que denuncia la infracción de normas jurídicas.

3.- La Confederación Sindical ELA, la Confederación Sindical de CC.OO. de Euskadi, FICA-UGT y la Central Sindical LAB presentaron escritos de impugnación del recurso de casación oponiéndose a los motivos de la parte recurrente y solicitando la confirmación de la sentencia recurrida.

La Confederación Sindical ELA, la Confederación Sindical de CC.OO. Euskadi y la Central Sindical LAB alegaron como motivo subsidiario de fundamentación del fallo que el despido colectivo debe declararse nulo por vulneración de la garantía de indemnidad al existir una conexión temporal entre la sentencia declarando la nulidad del ERTE, fechada el 11 de septiembre de 2020, y el inicio del periodo de consultas el 24 de noviembre de 2020.

La empresa PCB presentó escrito oponiéndose al citado motivo subsidiario de fundamentación jurídica.

El Ministerio Fiscal informó en contra de la estimación del recurso, excepto respecto de la calificación del despido, argumentando que no debe declararse nulo.

Segundo.

1. En el primer motivo del recurso se denuncia la infracción del art. 24 de la Constitución; de los arts. 80, 85.1 y 179.3 de la LRJS y de los arts. 216 y 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC). La parte recurrente alega que el fundamento de derecho sexto de la sentencia recurrida (en realidad es el quinto) incluye una afirmación que no había sido planteada por ninguno de los demandantes: que el despido colectivo fue reactivo a la sentencia judicial que había declarado nulo un expediente de regulación temporal de empleo (en adelante ERTE) anterior de la misma empresa. Esta parte procesal sostiene que la sentencia recurrida incurre en incongruencia extra petitum.

En los escritos de impugnación del recurso de casación presentados por los sindicatos se manifiesta que el despido fue reactivo a la sentencia anulando el ERTE y que dicha alegación se hizo en tiempo y forma.

2. El art. 218.1 de la LEC establece: «Las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones de las partes, deducidas oportunamente en el pleito» La doctrina del Tribunal Constitucional explica que la denominada incongruencia por exceso o extra petitum «se produce cuando el órgano judicial concede algo no pedido o se pronuncia sobre una pretensión que no fue oportunamente deducida por los litigantes, e implica un desajuste o inadecuación entre el fallo o la parte dispositiva de la resolución judicial y los términos en que las partes formularon sus pretensiones [...] para que la incongruencia por exceso adquiera relevancia constitucional [...] se requiere que la desviación o desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes hayan formulado sus pretensiones, por conceder más de lo pedido (ultra petitum) o algo distinto de lo pedido (extra petitum), suponga una modificación sustancial del objeto procesal, con la consiguiente indefensión y sustracción a las partes del verdadero debate contradictorio, produciéndose un fallo extraño a las respectivas pretensiones de las partes, de forma que la decisión judicial se haya pronunciado sobre temas o materias no debatidas oportunamente en el proceso y respecto de las cuales, por consiguiente, las partes no tuvieron la oportunidad de ejercitar adecuadamente su derecho de defensa, formulando o exponiendo las alegaciones que tuvieran por conveniente en apoyo de sus respectivas posiciones procesales» (sentencia del Tribunal Constitucional número 178/2014, de 3 de noviembre, FJ 6).

3. La sentencia recurrida, al explicar que el despido colectivo responde a un ánimo reactivo frente a la sentencia que declaró nulo un ERTE, añade: «aunque este argumento de la posible quiebra de la tutela judicial nos parece que sólo es tratado de forma colateral por los demandantes».

En los hechos probados noveno y décimo de las demandas interpuestas por la Confederación Sindical ELA, por la Confederación Sindical de CC.OO. de Euskadi y por la Central Sindical LAB consta:

«NOVENO.- Que conviene poner de manifiesto como antecedente previo a la decisión de despido colectivo adoptada por la Empresa, que en fecha 11 de Mayo de 2020 la empresa comunicó a la RLT la intención de iniciar un proceso de suspensión de contratos de trabajo motivado por causas productivas [...]

DÉCIMO.- Que los sindicatos CCOO, LAB y ELA recurrieron la decisión suspensiva y se dictó sentencia del Juzgado de lo Social nº 9 de Bilbao de fecha 11 de septiembre de 2020 declarando nula la suspensión colectiva [...].»

El fundamento de derecho sexto de las citadas demandas se titula: «Respecto a la aplicación del art. 2 del RDL 9/2020». En él se argumenta que la empresa no puede despedir porque existen mecanismos de flexibilidad interna que permiten el mantenimiento del empleo. A continuación, menciona: «la empresa articuló un ERTE en mayo de 2020 que el Juzgado de lo Social número 9 de Bilbao declaró nulo. No obstante, y apenas mes y medio después de la sentencia que declaró nula la suspensión colectiva, y pese a haber anunciado la empresa recurso de suplicación pendiente de formalización, la demandada decide iniciar por las mismas causas un despido colectivo que afecta a una parte sustancial de la plantilla». En el suplico de las demandas se solicita la nulidad del despido.

En el acto del juicio oral, los demandantes ratificaron sus demandas. Se invirtió el orden de intervención: a continuación tomó la palabra la empresa demandada. Posteriormente, se concedió la palabra a los actores y el sindicato LAB manifestó que, «a raíz de la sentencia denegatoria de dicho ERTE declarando nulo dicho ERTE y de manera reactiva es cuando se aplica el ERE, con las mismas causas y sin que haya una agravación en ese sentido».

4. La LRJS no exige que las demandas de despido contengan fundamentos de derecho: arts. 124, 104 y 80 de la LRJS. La sentencia del TS de fecha 2 de febrero de 2022, recurso 4633/2018, con cita de la de 2 de octubre de 2020, recurso 4443/2017, argumenta:

«En la instancia, la calificación del despido como procedente, improcedente o nulo debe realizarse conforme a derecho, sin que el órgano judicial esté vinculado por la calificación efectuada por el actor. La razón es que no es una materia dispositiva que dependa de la petición de la parte actora sino que corresponde al órgano

judicial determinar cuál es la calificación ajustada a derecho, con sujeción en todo caso a los hechos alegados por el demandante [...]

Es importante precisar que la citada doctrina jurisprudencial no excluye que la calificación del despido deba hacerse de conformidad con la causa petendi. El principio de congruencia exige que la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social se ajuste a la causa de pedir. En caso contrario, la sentencia de instancia sí que incurriría en incongruencia, causando indefensión al demandado, que no habría podido defenderse de ella.

Por ello, si el demandante no invoca la garantía de indemnidad, el juzgado no puede declarar nulo el despido por vulnerar el art. 24 de la Constitución porque ello causaría indefensión a la parte demandada, que no pudo defenderse de dicha alegación de la parte recurrente.»

5.- En la presente litis, las demandas rectoras del despido mencionaban la conexión temporal entre la sentencia declarando nulo el ERTE y el inicio del despido colectivo. En el acto del juicio oral, con anterioridad a la práctica de la prueba, uno de los sindicatos manifestó que el ERE fue reactivo al dictado de la sentencia declarando nulo el ERTE. La empresa pudo proponer y practicar prueba en relación con la citada alegación de la parte actora.

A la vista de los citados extremos debemos concluir que la sentencia recurrida, cuando argumentó que el despido colectivo se produjo por una disposición reactiva de la demandada frente a las decisiones judiciales que anularon la primera medida empresarial, no incurrió en incongruencia, al no haberse separado de los términos en los que se suscitó el debate litigioso en la instancia, por lo que procede desestimar este motivo.

Tercero.

La parte recurrente postula la revisión fáctica casacional. Los requisitos jurisprudenciales son los siguientes:

«1. Que se señale con claridad y precisión el hecho cuestionado (lo que ha de adicionarse, rectificarse o suprimirse).

2. Bajo esta delimitación conceptual fáctica no pueden incluirse normas de Derecho o su exégesis. La modificación o adición que se pretende no debe comportar valoraciones jurídicas. Las calificaciones jurídicas que sean determinantes del fallo tienen exclusiva —y adecuada— ubicación en la fundamentación jurídica.

3. Que la parte no se limite a manifestar su discrepancia con la sentencia recurrida o el conjunto de los hechos probados, sino que se delimite con exactitud en qué discrepa.

4. Que su errónea apreciación derive de forma clara, directa y patente de documentos obrantes en autos (indicándose cuál o cuáles de ellos así lo evidencian), sin necesidad de argumentaciones o conjeturas [no es suficiente una genérica remisión a la prueba documental practicada].

5. Que no se base la modificación fáctica en prueba testifical ni pericial. La variación del relato de hechos únicamente puede basarse en prueba documental obrante en autos y que demuestre la equivocación del juzgador. En algunos supuestos sí cabe que ese tipo de prueba se examine si ofrece un índice de comprensión sobre el propio contenido de los documentos en los que la parte encuentra fundamento para las modificaciones propuestas

6. Que se ofrezca el texto concreto conteniendo la narración fáctica en los términos que se consideren acertados, enmendando la que se tilda de equivocada, bien sustituyendo o suprimiendo alguno de sus puntos, bien complementándolos.

7. Que se trate de elementos fácticos trascendentes para modificar el fallo de instancia, aunque puede admitirse si refuerza argumentalmente el sentido del fallo.

8. Que quien invoque el motivo precise los términos en que deben quedar redactados los hechos probados y su influencia en la variación del signo del pronunciamiento.

9. Que no se limite el recurrente a instar la inclusión de datos convenientes a su postura procesal, pues lo que contempla es el presunto error cometido en instancia y que sea trascendente para el fallo. Cuando refuerza argumentalmente el sentido del fallo no puede decirse que sea irrelevante a los efectos resolutorios, y esta circunstancia proporciona justificación para incorporarla al relato de hechos, cumplido —eso sí— el requisito de tener indubitado soporte documental.

No todos los datos que figuran en la prueba de las partes han de tener acceso a relación de hechos probados de la sentencia, sino únicamente aquéllos que resulten trascendentes para el fallo». (Por todas, sentencia del Pleno de la Sala Social del TS de 15 de julio de 2021, recurso 68/2021 y las citadas en ella).

Cuarto.

1. La recurrente pretende adicionar un hecho probado nuevo con el contenido siguiente:

«Las cuentas anuales auditadas de la sociedad PCB registran los siguientes resultados después de impuestos: Año 2016: -3.900.000 euros. Año 2017: +817.000 euros. Año 2018: - 404.000 euros. Año 2019: - 1.605.000 euros».

En este pleito de despido colectivo por causas económicas y productivas, la sentencia de instancia no indica si la empresa ha tenido pérdidas o ganancias. Solamente contiene una afirmación genérica relativa a que las pérdidas económicas de los ejercicios 2018 y 2019 son atribuibles a gastos financieros y a la desactivación de créditos fiscales. Pero no concreta cuáles fueron dichas pérdidas. Dicha omisión debe ser subsanada.

Esta pretensión revisora se apoya en las Cuentas Anuales Auditadas de PCB de los años 2016 a 2019, las cuales demuestran la certeza de la afirmación fáctica cuya inclusión se solicita, por lo que procede estimarla.

La sentencia recurrida y los actores, en sus escritos de impugnación del recurso, sostienen que la actividad de 2016 no es computable porque la empresa no la alegó en el periodo de consultas y tampoco figura en la memoria ni en informe técnico. Sin embargo, las Cuentas Anuales Auditadas de PCB correspondientes al ejercicio 2016 se aportaron en la tercera reunión del periodo de consultas, por lo que no se trata de una cuestión ajena al mismo.

2. La recurrente postula la adición del texto siguiente: «Las cuentas anuales auditadas de la sociedad PCB correspondientes al año 2020 registran un resultado después de impuestos de -13.692.000 euros».

Esta solicitud se sustenta en las Cuentas Anuales Auditadas de PCB correspondientes al año 2020, que demuestran la veracidad de la adición, por lo que procede estimarla.

3. La empresa PCB solicita la incorporación de un hecho probado nuevo con el siguiente tenor:

«Las previsiones de resultado de PCB, si no se adoptase la medida de despido colectivo planteada, serían las siguientes:

Año 2021: - 11.192.000 euros.

Año 2022: - 3.805.000 euros.

Estas pérdidas afectarían al patrimonio neto de la Compañía e implicarían que en el año 2021 se incurriría en causa de disolución forzosa, al ser el patrimonio neto inferior al 50% del capital suscrito».

Esta pretensión se sustenta en los documentos siguientes:

a) Memoria explicativa aportada por la empresa PCB al inicio del procedimiento de despido colectivo.

Se trata de un documento de parte, redactado por la misma parte procesal que lo invoca a efectos revisorios, que no demuestra en el presente recurso extraordinario de casación, a favor de quien lo redactó, la veracidad de los datos consignados en él.

b) Comparativa coste vs ahorro propuesta.

En la quinta reunión del periodo de consultas, la empresa PCB presentó un documento denominado: «Nuevo estudio comparativo del ahorro obtenido», que contiene una previsión de resultados.

También se trata de un documento de parte carente de eficacia revisora casacional a favor de su autor.

c) Informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (en adelante ITSS) de 26 de noviembre de 2020.

En dicho informe se explica que «la documentación aportada por Precision Casting Bilbao SA, refleja [...] una previsión de pérdidas que afectarán al patrimonio neto de la Compañía, y que implicaría que en el año 2021 se incurriría en causa de disolución forzosa, al ser el patrimonio neto inferior al 50% del capital suscrito». Sin embargo, a continuación el informe matiza:

— Las pérdidas de los ejercicios 2018 y 2019 se deben a gastos financieros y a la desactivación de créditos fiscales, no a la operativa de la empresa.

— La memoria de las cuentas anuales de 2019 indicaba que no había problemas de liquidez preocupantes, el impacto financiero del COVID podría gestionarse dentro de los acuerdos de financiación vigentes, el administrador único tenía expectativas razonables de que la sociedad estaba bien situada para gestionar los riesgos y continuar sus operaciones.

— Las pérdidas actuales y la disminución de la actividad productiva en 2020 se basan en la pandemia, sin relación con el normal desenvolvimiento de la empresa.

— La posible disolución forzosa por pérdidas podría afrontarse con un ERTE. La parte recurrente basa este motivo en la lectura parcial y descontextualizada de un párrafo del informe de la ITSS, que se basa en la

documentación aportada por la empresa recurrente y que no refleja el verdadero contenido de dicho documento, lo que impide acoger este motivo.

4. El hecho probado noveno dice:

«En el informe de auditoría de la empresa sobre las cuentas anuales a 31 de diciembre de 2019 de 22-9-2020 se indicaba que con una gestión prudente se mantenía el efectivo suficiente, de forma que se permitía controlar adecuadamente el riesgo de liquidez del negocio y que el grupo ITP tenía intención de reducir en un 15% su plantilla, constando, igualmente, la previsión de la empresa Rolls Royce de vender IPT Areo».

La parte recurrente pretende sustituirlo por otro con el contenido siguiente:

«En el informe de auditoría de la empresa sobre las cuentas anuales a 31 de diciembre de 2019 de 22-9-2020 se indicaba que con una gestión prudente se mantenía el efectivo suficiente, de forma que se permitía controlar adecuadamente el riesgo de liquidez del negocio. Sin embargo, la disponibilidad de fondos suficientes por parte del Grupo Rolls Royce y la incertidumbre sobre la gravedad, el alcance y la duración de la interrupción causada por la pandemia de COVID-19 y, por lo tanto, el momento de la recuperación de la aviación comercial a los niveles anteriores a la crisis, son indicativas de la existencia de una incertidumbre que puede generar dudas sobre la capacidad de la Sociedad para continuar como empresa en funcionamiento».

En relación con lo anterior, el auditor de PCB expresa lo siguiente en su opinión de auditoría de las cuentas anuales de 2019:

"Incertidumbre material relacionada con la Empresa en funcionamiento

Llamamos la atención sobre la nota 25 de Hechos posteriores de la memoria, en la que se indica que la pandemia COVID 19 está teniendo efectos significativos en el sector aeronáutico y en el Grupo Rolls Royce al que la Sociedad pertenece. Considerando las interdependencias entre la Sociedad y el Grupo, la incertidumbre sobre la recuperación del negocio, así como la necesidad de financiación que se estima tendrá el Grupo Rolls Royce para el desarrollo de sus actividades, existe una incertidumbre material que puede generar dudas significativas sobre la capacidad de la Sociedad para continuar como empresa en funcionamiento. Nuestra opinión no ha sido modificada en relación con esta cuestión.

Asimismo, se indica que el grupo ITP tenía intención de reducir en un 15% su plantilla cuando concluyan los ERTes, constando, igualmente, la previsión de la empresa Rolls Royce de vender IPT Areo».

Este motivo se sustenta en el informe de auditoría de las cuentas anuales de PCB a 31 de diciembre de 2019. Debemos diferenciar:

a) La afirmación relativa a la «incertidumbre material relacionada con la empresa en funcionamiento» la realiza el propio auditor, por lo que el citado documento acredita su certeza, debiendo incorporarla al relato histórico.

b) Las restantes manifestaciones que pretende introducir la recurrente son transcripción literal de parte de las Cuentas Anuales de PCB del año 2019, en concreto del epígrafe relativo a «hechos posteriores al cierre». Ese epígrafe contiene diferentes valoraciones hechas por la misma parte procesal que solicita la revisión fáctica. Está fechado el 21 de septiembre de 2020, con posterioridad al dictado de la sentencia que declaró nulo el ERTE. En él se menciona expresamente que «Dicho ERTE ha sido declarado nulo». A juicio de esta Sala, las citadas cuentas anuales no demuestran de forma clara, directa y patente, en el presente recurso extraordinario, la veracidad de los citados hechos, por lo que procede desestimar la pretensión de que se incorporen al relato fáctico.

5. La recurrente solicita que se añada el texto siguiente:

«La deuda de PCB alcanza las siguientes cifras:

Año 2016: 20.807.000 euros
Año 2017: 23.088.000 euros.
Año 2018: 24.724.000 euros.
Año 2019: 30.709.000 euros.
Año 2020: 37.335 000 euros».

Esta pretensión revisora se fundamenta en las Cuentas anuales auditadas de PCB de los años 2016 a 2020, las cuales se aportaron en el periodo de consultas y acreditan la veracidad del texto cuya adición se solicita, por lo que debe estimarse este motivo.

6. La empresa PCB propone que se adicione lo siguiente:

«En la Memoria Explicativa del procedimiento se recogen las previsiones de evolución del tráfico aeronáutico realizadas por las tres principales agencias del sector en los términos que se detallan a continuación:

1. IATA

Para 2021, y según la misma organización [IATA], se esperan niveles de kilómetros viajados por pasajero de pago muy inferiores a los niveles esperados antes de la pandemia (-32%), e incluso en 2024 los niveles serán inferiores a las previsiones que se hicieron con anterioridad a la pandemia (-10%).

2. EUROCONTROL

En este sentido, Eurocontrol ha publicado sus previsiones de recuperación del tráfico aéreo siendo sus estimaciones más optimistas que no se recuperen niveles de 2019, en cuanto a número de vuelos, hasta el ejercicio 2024 como se recoge en el siguiente gráfico (...)

El gráfico actual muestra tres escenarios de recuperación del tráfico aéreo en tres escenarios, el escenario 1 (línea verde) contempla que la vacuna estará disponible en 2021, recuperándose los niveles de 2019 en 2024. El escenario 2 (línea naranja) contempla que la vacuna no está disponible hasta el 2022, estableciendo la posibilidad de que se recuperen los niveles de 2019 en 2026. El escenario 3 (línea roja) contempla la posibilidad de que la vacuna no sea efectiva y, por lo tanto, la recuperación no se produzca hasta el 2029.

3. LEEHAM NEWS AND ANALYSIS

Leeham News and Analysis, los niveles de 2019 de tráfico de pasajeros a nivel global aún tardarán en recuperarse, y en función de la evolución de la pandemia, y del desarrollo y distribución de una vacuna, podría alargarse hasta 2028.

Tras recoger dichas previsiones, la Memoria Explicativa acaba concluyendo en los siguientes términos:

"Por tanto, las estimaciones más optimistas del sector sitúan la recuperación de los niveles de 2019 en el ejercicio 2024, pudiendo alargarse dicha situación en las condiciones más pesimistas hasta el entorno de los ejercicios 2028 o 2029.

La crisis del sector del transporte aéreo impacta directamente en las empresas fabricantes aeronáuticas e industrias auxiliares. La recuperación de los fabricantes aeronáuticos e industrias auxiliares tendrá, necesariamente, un retraso respecto a la fecha de recuperación del transporte aéreo».

Este motivo se fundamenta en los documentos siguientes:

a) Memoria explicativa del procedimiento de despido colectivo. Se trata de un documento de parte que no demuestra, a favor de la parte que lo redactó, la certeza casacional de las aseveraciones contenidas en él.

b) Informe de la ITSS de 26 de noviembre de 2020.

El citado informe resume los aspectos más relevantes de la Memoria e Informe Técnico. Al hacerlo, recoge parte de las previsiones de tráfico aéreo realizadas por Eurocontrol y Leeham News And Analysis.

La citada Memoria e Informe Técnico, en cuanto documentos de parte, carecen de eficacia revisora casacional. La consecuencia de ello es que el citado informe de la ITSS, que se limita a reproducir parte del contenido de esos documentos de parte, tampoco acredita, en este recurso extraordinario, la certeza de dicho texto.

c) La noticia e informe Deloitte aportado por UGT.

Es un documento cuyo contenido no coincide con el prolijo texto cuya incorporación solicita la parte recurrente, lo que impide estimar este motivo.

7. La recurrente propone adicionar un hecho probado noveno con el siguiente contenido:

«Aena retrasa a 2026 la recuperación del tráfico aéreo a niveles previos a la crisis sanitaria derivada del Covid 19».

Este motivo se sustenta en una noticia de prensa que menciona la previsión de esa sociedad mercantil estatal acerca de la fecha de recuperación del tráfico aéreo a efectos de solicitar una compensación al Estado por los efectos extraordinarios que para su negocio ha tenido el COVID-19. Dicha noticia periodística no demuestra,

en el presente recurso extraordinario de casación, el error probatorio del tribunal de instancia, lo que impide estimar este motivo.

8. La empresa PCB solicita que se añada un hecho probado con el tenor literal siguiente:

«Las ventas de PCB del año 2016 ascendieron a 49.100.000 euros.

Las ventas de PCB del año 2019 ascendieron a 65.290.000 euros.

Las previsiones de ventas para los años 2020, 2021 y 2022 en comparación con el presupuesto de 2020 son las siguientes:

Presupuesto 2020: 79.816.000 euros.

Previsión 2020: 47.550.000 euros.

Previsión 2021: 41.997.000 euros.

Previsión 2022: 51.052.000 euros.

Las ventas definitivas de 2020, según las cuentas anuales auditadas han ascendido a 47.132.000 euros.»
Este motivo se sustenta:

a) En las Cuentas Anuales Auditadas de los años 2016, 2019 y 2020, que acreditan la veracidad del importe de las ventas de PCB en esos años.

b) El Informe de la ITSS antes citado, que menciona la existencia de una disminución de la demanda de los productos fabricados habitualmente por la empresa, pero no acredita la veracidad de dichas cifras.

c) La Memoria explicativa de PCB y el Detalle de variación en las previsiones de demanda Sept-Dic.20. Se trata de dos documentos de parte que no demuestran casacionalmente, a favor de la parte que los redactó, la veracidad de los citados hechos.

Por consiguiente, procede estimar en parte este motivo, añadiendo al relato histórico únicamente las ventas de PCB en los años 2016, 2019 y 2020.

9.- La parte recurrente pretende añadir un hecho probado con el siguiente tenor:

«Las previsiones de carga de trabajo para el periodo 2020 a 2023, basadas en la demanda en SAP de la empresa y expresadas en HH (Horas/Hombre), es la siguiente:»

A continuación, solicita que se adicione un cuadro que contiene una pluralidad de previsiones de carga de trabajo. Además, la recurrente quiere introducir el texto siguiente:

«Considerando la previsión de horas de trabajo, la necesidad de personas en cada línea de producción para cubrir la carga de actividad en los próximos ejercicios, así como la previsión de carga de trabajo de cada uno de los departamentos de mano de obra indirecta -todo ello para 2022-, la Empresa planteó inicialmente la amortización de los puestos de trabajo siguientes:

Personal directo: Plantilla actual 354 Plantilla final 237 Excedentes 117

Personal Indirecto: Plantilla actual 144 Plantilla final 128 Excedentes 16

Total: Plantilla actual 498 Plantilla final 365 Excedentes 133».

Esta pretensión revisora se basa en el PMP por trimestre, el Informe de análisis previsiones carga 2003 y la Memoria explicativa PCB. Todos ellos son documentos de parte, redactados por la propia parte recurrente, que carecen de eficacia revisora casacional, lo que impide estimar este motivo.

10. La empresa PCB solicita que se añada un hecho con el contenido siguiente:

«En las sucesivas propuestas de acuerdo planteadas por la dirección de la Empresa, ésta redujo el número de afectados por el despido colectivo hasta un máximo de 87 personas trabajadoras; 75 de mano de obra directa y 12 de mano de obra indirecta.

En la decisión final, la Empresa comunicó que el despido colectivo afectaría a un máximo de 87 personas trabajadoras (más de 3 ad cautelam); 75 de mano de obra directa (más 2 ad cautelam) y 12 de mano de obra indirecta (más 1 ad cautelam), coincidiendo con la última propuesta de acuerdo efectuada en el periodo de consultas».

Se trata de una adición intrascendente para la resolución de la presente litis, debiendo añadir que los hechos probados de la sentencia recurrida ya mencionan que en el periodo de consultas la empresa rebajó el número de trabajadores afectados inicialmente, así como el número de trabajadores afectados por el despido, lo que conduce a la desestimación de esta pretensión.

Quinto.

1. En el siguiente motivo del recurso se denuncia la vulneración del art. 51.1 y 51.2 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET), del art. 1 del Real Decreto 1483/2012, del art. 124.11 de la LRJS y de la jurisprudencia que cita, alegando que concurren causas económicas y productivas que determinan que el despido colectivo deba calificarse de ajustado a derecho. La empresa sostiene que existe un excedente estructural de plantilla que debe afrontarse mediante un despido colectivo.

2.- El Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, dispone:

a) Art. 22.1: «Las suspensiones de contrato y reducciones de jornada que tengan su causa directa en pérdidas de actividad como consecuencia del COVID-19, incluida la declaración el estado de alarma, que impliquen suspensión o cancelación de actividades, cierre temporal de locales de afluencia pública, restricciones en el transporte público y, en general, de la movilidad de las personas y/o las mercancías, falta de suministros que impidan gravemente continuar con el desarrollo ordinario de la actividad, o bien en situaciones urgentes y extraordinarias debidas al contagio de la plantilla o la adopción de medidas de aislamiento preventivo decretados por la autoridad sanitaria, que queden debidamente acreditados, tendrán la consideración de provenientes de una situación de fuerza mayor [...]».

b) Art. 23.1: «En los supuestos que se decida por la empresa la suspensión de contrato o reducción de la jornada por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción relacionadas con el COVID-19, se aplicarán las siguientes especialidades [...]».

c) Disposición adicional 6ª, que establece una cláusula de «salvaguarda de empleo»:

«1. Las medidas extraordinarias en el ámbito laboral previstas en el artículo 22 del presente real decreto-ley estarán sujetas al compromiso de la empresa de mantener el empleo durante el plazo de seis meses desde la fecha de reanudación de la actividad, entendiéndose por tal la reincorporación al trabajo efectivo de personas afectadas por el expediente, aun cuando esta sea parcial o solo afecte a parte de la plantilla.

2. Este compromiso se entenderá incumplido si se produce el despido o extinción de los contratos de cualquiera de las personas afectadas por dichos expedientes [...]

5. Las empresas que incumplan este compromiso deberán reintegrar la totalidad del importe de las cotizaciones de cuyo pago resultaron exoneradas, con el recargo y los intereses de demora correspondientes, según lo establecido en las normas recaudatorias en materia de Seguridad Social, previas actuaciones al efecto de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social que acredite el incumplimiento y determine las cantidades a reintegrar.»

Este compromiso se extendió a los ERTE basados en el art. 23 del Real Decreto-ley 8/2020 que se han beneficiado de las exoneraciones de cuotas (arts. 5 del Real Decreto-ley 30/2020).

3. La exposición de motivos del Real Decreto-ley 9/2020 y de la Ley 3/2021 explica que «estamos ante un momento de enfriamiento de la actividad productiva acotado por la situación excepcional por la que atravesamos, con motivo de la crisis del COVID-19 y, por tanto, que esta situación va a tener una duración limitada y sujeta a un periodo de tiempo concreto. Por esta razón, se establecieron medidas extraordinarias y excepcionales en el Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, con el objetivo de garantizar que los efectos de la crisis sanitaria no impidan el restablecimiento de la actividad empresarial y la salvaguarda del empleo. En este sentido, y no obstante la vigencia de las diversas causas de despido y extinción de los contratos previstas en la normativa laboral, el Gobierno reforzó los procedimientos de suspensión y reducción de jornada, agilizándolos y flexibilizándolos, con el objetivo de que las causas a las que se refieren los artículos 22 y 23 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, no sean utilizadas para introducir medidas traumáticas en relación al empleo, la extinción de los contratos de trabajo, sino medidas temporales, que son las que, en definitiva, mejor responden a una situación coyuntural como la actual.»

El art. 2 del Real Decreto-ley 9/2020 y de la Ley 3/2021 estatuye: «La fuerza mayor y las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción en las que se amparan las medidas de suspensión de

contratos y reducción de jornada previstas en los artículos 22 y 23 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, no se podrán entender como justificativas de la extinción del contrato de trabajo ni del despido».

Ese precepto ha sido objeto de sucesivas prórrogas. En la fecha del despido colectivo (7 de enero de 2021) estaba vigente por aplicación de lo dispuesto en el art. 6 del Real Decreto-ley 30/2020, de 29 de septiembre. Continúa vigente en la fecha de la presente sentencia.

4.- La exposición de motivos del Real Decreto-ley 24/2020, de 26 de junio, explica la finalidad de todo el acervo normativo relativo a la pandemia: «toda la normativa adoptada por causa del COVID-19, cuyo pilar o eje fundamental está constituido por las medidas de flexibilidad interna, de carácter coyuntural, ha tenido por objetivo estabilizar el empleo, evitar la destrucción de puestos de trabajo y sostener el tejido productivo, a través además de una flexibilización de los mecanismos precisos, evitando cargas adicionales innecesarias.»

5.- La sentencia del Pleno de la Sala Social del TS de 16 de diciembre de 2021, recurso 210/2021, desestimó los recursos de casación ordinarios interpuestos por dos sindicatos contra una sentencia que había declarado ajustado a derecho el despido colectivo efectuado por la empresa Alestis Aerospace SL el día 1 de diciembre de 2020, la cual había alcanzado un acuerdo con los representantes de los trabajadores en el periodo de consultas. Dicha empresa había tramitado un ERTE. Este tribunal argumentó:

«las causas de producción que justifican el ERTE son de carácter coyuntural, en tanto las que sustentan el ERE son de naturaleza estructural. En efecto, la medida de suspensión de contratos, que afectó a todos los centros de trabajo, adoptada con acuerdo el 25 de mayo de 2020, por concurrencia de causas productivas y que se extendió hasta el 31 de octubre de 2020 [...] obedeció a la incertidumbre existente sobre cuál iba a ser el efecto de la pandemia en el sector aeronáutico en el último trimestre de 2020, ya que el principal cliente de la empresa AIRBUS —96% de los ingresos de la empresa— no había efectuado comunicación alguna en dicha fecha, por lo que la empresa toma la decisión de adoptar una medida de carácter temporal —ERTE— ante la imposibilidad de conocer el efecto que se iba a producir a medio y largo plazo [...] Las causas productivas que justifican el ERE son de carácter estructural, ya que la reducción de las unidades a producir comunicada de forma oficial y definitiva por el principal cliente AIRBUS a la empresa ALESTIS AEROSPACE SL se refieren a un extenso espacio temporal que, por lo tanto, no resulta justificativo, ni está previsto, para la adopción de medidas temporales —ERTE—, constituyendo causa justificativa de un despido colectivo.»

Por tanto, en el citado supuesto se había acreditado por la empresa la existencia de causas productivas de naturaleza estructural que justificaban el despido colectivo consistentes en la comunicación oficial y definitiva del principal cliente de la reducción de carga de trabajo.

Sexto.

1.- La parte recurrente incurre en el rechazable vicio procesal de la llamada «petición de principio» o «hacer supuesto de la cuestión», defecto que se produce cuando el recurrente parte de unas premisas fácticas distintas a las que declara probadas la resolución recurrida (sentencia del TS de 14 de mayo de 2020, recurso 214/2018 y las citadas en ella).

En efecto, la empresa PCB sustenta este motivo en una pluralidad de afirmaciones que no se han recogido en el relato histórico de autos, remitiéndose a medios probatorios obrantes en las actuaciones. Además, esta parte procesal no construye este motivo con base en los hechos probados de la sentencia de instancia sino sobre la base de todas las modificaciones fácticas postuladas en sus motivos de revisión histórica casacional. Sin embargo, esta sala ha desestimado varias de esas pretensiones revisoras, lo que priva de virtualidad a todas las argumentaciones fundamentadas en ellas. En particular, la empresa hace hincapié en las previsiones futuras de retraso en la recuperación del tráfico aéreo y de disminución de la previsión de la carga de trabajo en los años posteriores al despido. El tribunal de instancia no ha atribuido eficacia a los medios de prueba en que se sustentaban dichas afirmaciones fácticas, por lo que la sentencia recurrida omite cualquier mención al respecto. Y esta sala ha desestimado los motivos de revisión fáctica casacional dirigidos a incluirlas en el relato histórico, por lo que las alegaciones relativas a dichas previsiones están huérfanas de sustento fáctico. La naturaleza extraordinaria del recurso de casación, cuyo objeto no consiste en volver a enjuiciar la cuestión de fondo sino en examinar la corrección de la sentencia de instancia a la vista de los motivos previstos en el art. 207 de la LRJS, obliga a resolver este motivo con sujeción al relato histórico de instancia con las adiciones efectuadas al estimar parte de los motivos revisorios.

2.- La empresa demandada fabrica motores de aviones. Ha tenido los ingresos siguientes, según las declaraciones de IVA:

Año 2018

1º trimestre: 8.049.500 euros.
2º trimestre: 7.384.400 euros.
3º trimestre: 7.084.100 euros.
4º trimestre: 11.456.900 euros.

Año 2019

1º trimestre: 8.531.500 euros.
2º trimestre: 8.205.700 euros.
3º trimestre: 6.612.700 euros.
4º trimestre: 9.108.400 euros.

Año 2020:

1º trimestre: 7.449.000 euros.
2º trimestre: 7.229.500 euros.
3º trimestre: 4.827.800 euros.

La sociedad PCB ha tenido los siguientes resultados después de impuestos: Año 2016: -3.900.000 euros. Año 2017: + 817.000 euros. Año 2018: -404.000 euros. Año 2019: - 1.605.000 euros. Año 2020: -13.692.000 euros. Se declara probado que las pérdidas económicas en los ejercicios 2018 y 2019 son atribuibles a gastos financieros y a la desactivación de créditos fiscales.

La deuda de la empresa PCB era la siguiente:

Año 2016: 20.807.000 euros
Año 2017: 23.088.000 euros.
Año 2018: 24.724.000 euros.
Año 2019: 30.709.000 euros.
Año 2020: 37.335 000 euros.

Las ventas de PCB del año 2016 ascendieron a 49.100.000 euros.
Las ventas de PCB del año 2019 ascendieron a 65.290.000 euros.
Las ventas de PCB del año 2020 ascendieron a 47.132.000 euros.

En el informe de auditoría de la empresa sobre las cuentas anuales a 31 de diciembre de 2019 se indicaba que con una gestión prudente se mantenía el efectivo suficiente, de forma que se permitía controlar adecuadamente el riesgo de liquidez del negocio.

La empresa ha venido realizando en los ejercicios 2017 a 2020 un total de inversiones que alcanzan casi los 16 millones de euros. Entre los años 2016 y 2019 las inversiones ascendieron a unos 24 millones de euros. Las previsiones de ventas para 2020, según contrataciones concertadas y confirmadas determinaban subidas del 7,6% y 3,5% respecto al ejercicio 2019.

3.- Los citados hechos evidencian que la situación económica y productiva en la que está inmersa la empresa PCB está relacionada con la pandemia causada por el COVID. Antes de que comenzase la pandemia, en marzo de 2020, no hubo una disminución significativa de los ingresos de la empresa. Las pérdidas económicas de esta sociedad en los ejercicios 2018 y 2019 eran atribuibles a gastos financieros y a la desactivación de créditos fiscales. Sus ventas en 2016 eran de 49.100.000 euros, incrementándose en 2019 a 65.290.000 euros y disminuyendo en 2020 a 47.132.000 euros. La empresa realizó en los ejercicios 2017 a 2020 un total de inversiones que alcanzaron casi los 16 millones de euros. Las previsiones de ventas para 2020, según contrataciones concertadas y confirmadas, determinaban subidas del 7,6% y 3,5% en 2020 respecto al ejercicio 2019.

La sentencia de instancia acierta cuando explica que todas las proyecciones económicas y productivas que la empresa presenta en el despido se apoyan en la situación causada por la pandemia y el panorama que se espera que suceda. En esencia, la empresa PCB sostiene que estaba desarrollando un plan expansivo con la finalidad de superar las pérdidas que había sufrido en el año 2016, lo que supuso un incremento de las inversiones, cuando se produjo la pandemia causada por el COVID-19, que ha afectado a las compañías aéreas,

disminuyendo la necesidad de motores de aviación, sin que se prevea una recuperación del mercado hasta dentro de varios años.

4.- La situación excepcional causada por la pandemia derivada del COVID-19 conllevó que se dictara una normativa específica. El art. 23 del Real Decreto ley 8/2020 estableció medidas excepcionales aplicables a los procedimientos de suspensión y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción relacionadas con el COVID-19.

El art. 2 del Real Decreto-ley 9/2020 dispone que las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción en las que se amparan las medidas de flexibilidad interna de los arts. 22 y 23 del Real Decreto-ley 8/2020 «no se podrán entender como justificativas de la extinción del contrato de trabajo ni del despido».

Estas normas pretendían impulsar los ERTE, así como una pluralidad de medidas sociales, puesto que la situación de emergencia se preveía temporal.

5.- La naturaleza coyuntural y temporal de los ERTE, que no son idóneos para afrontar una situación empresarial en la que concurren causas estructurales y definitivas, no ha quedado desvirtuada por la legislación excepcional aprobada para hacer frente a la pandemia.

La exposición de motivos del Real Decreto-ley 9/2020 (y de la Ley 3/2021) manifiesta: «no obstante la vigencia de las diversas causas de despido y extinción de los contratos previstas en la normativa laboral, el Gobierno reforzó los procedimientos de suspensión y reducción de jornada». Las citadas normas refuerzan los mecanismos de flexibilidad interna pero no elimina, sino que subsisten, las diversas causas de despido previstas en la normativa laboral.

El necesario equilibrio entre el derecho al trabajo y la libertad de empresa que la Constitución protege (arts. 35 y 38) está recogido en esas normas. La arquitectura de los ERTE descansa en la temporalidad y coyunturalidad de sus causas, lo que hace que no sean idóneos para afrontar situaciones definitivas y estructurales. La tesis contraria, en vez de preservar el empleo, podría perjudicar la continuidad y viabilidad de la actividad empresarial.

Aunque ubicado en el precepto sobre «Carácter preferente del trabajo a distancia» (art. 5º) el Real Decreto-ley 8/2020 explicitó el principio que debe presidir la interpretación de la regulación a que venimos refiriéndonos: «Las medidas excepcionales de naturaleza laboral que se establece en la presente norma tienen como objetivos prioritarios garantizar que la actividad empresarial las relaciones de trabajo se reanuden con normalidad tras la situación de excepcionalidad sanitaria». De este modo, si la empresa acredita que sus problemas son de tal índole que no cabe pensar en la reanudación de la actividad productiva tras un periodo suspensivo es claro que el despido basado en tales causas quedaría expedito.

En cumplimiento de los citados preceptos, no cabe aducir como causa de despido aquélla que deriva de la pandemia y es esencialmente temporal, en cuyo caso el empresario debe proceder a las suspensiones o reducciones de jornada de carácter temporal. Sin embargo, aunque las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción estén relacionadas con el COVID-19, si se acredita que son objetivamente definitivas y que han adquirido una sustantividad propia incompatible con la temporalidad propia de los ERTE, en tal caso la empresa sí que podrá acordar el despido colectivo (u objetivo).

La cláusula de salvaguarda de empleo establecida en la disposición adicional sexta del Real Decreto-ley 8/2020, inicialmente aplicable a los ERTE por fuerza mayor del art. 22 de esa norma y posteriormente extendida a los ERTE por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción del art. 23 del Real Decreto-ley 8/2020 que se han beneficiado de las exoneraciones de cuota; revela que si la empresa acredita que las causas son estructurales y no meramente coyunturales, los ERTE no constituyen una medida idónea para afrontarlas.

En caso contrario, al finalizar las prórrogas del art. 2 de la Ley 3/2021, la empresa se encontraría con un exceso de plantilla estructural y con una cláusula de salvaguarda de empleo que supondría que debería mantener el empleo durante seis meses desde la reanudación de la actividad.

En aquellos supuestos en que los efectos económicos de la pandemia tengan consecuencias tan negativas que impidan la pervivencia de toda o parte de la actividad anterior, el acceso a un ERTE resultaría una medida paliativa insuficiente. No puede exigirse a una empresa que sufra esas dificultades que siga manteniendo íntegra toda su plantilla mediante ERTE durante un prolongado lapso temporal, lo que podría afectar al mantenimiento definitivo del empleo.

Por ello, no compartimos la afirmación de la sentencia recurrida de que «con la legislación sobre la pandemia [...] todas las situaciones van a ser coyunturales, salvo las que se producen en una tesitura independiente de la pandemia».

Si la empresa prueba que concurren causas económicas, técnicas, organizativas o de producción que tienen naturaleza estructural y no meramente coyuntural, aunque estén relacionadas con el COVID-19, deberá proceder al despido colectivo y no a una suspensión de contratos cuya duración limitada en el tiempo no responda a la naturaleza atemporal de dichas causas. Ello, con independencia de que pueda compartirse la idea, quizá

implícita en la valoración de que discrepamos, de que en esa situación resultará especialmente pertinente que los poderes públicos se esfuercen en sus políticas de formación y readaptación profesionales (art. 40.2 de la CE) o de que perfeccionen la protección frente al desempleo (art. 41 de la CE).

6.- Es importante clarificar la carga de la prueba. El ordenamiento ha priorizado la adopción de medidas de flexibilidad interna bajo el presupuesto de que nos encontramos ante una situación coyuntural y no estructural que exija medidas más traumáticas para el empleo. El legislador de excepción solamente permite la adopción de medidas de flexibilidad de salida cuando no sea posible afrontar la crisis empresarial mediante las citadas medidas de flexibilidad interna.

Por tanto, en los despidos colectivos realizados durante la vigencia de la pandemia que estén relacionados con el COVID-19, incumbe a la empresa acreditar, con arreglo a las reglas de carga de la prueba del art. 217 de la LEC y, en particular, la facilidad y disponibilidad probatoria, que las circunstancias que motivaron el despido colectivo son estructurales y no meramente coyunturales: que las medidas de flexibilidad interna de los arts. 22 y 23 del Real Decreto-ley 8/2020 son realmente insuficientes para paliar su situación crítica. Si así lo hace, cumpliendo con el resto de requisitos legales, la calificación del despido no podrá ser otra que la de ajustado a derecho. Dicho abiertamente: lo que, de ordinario, constituye un deber empresarial aquí aparece reforzado con especial énfasis, precisamente, por la necesidad de acreditar que no están subsumiéndose en el despido supuestos que concuerdan con las exigencias de una mera suspensión.

En resumen, si concurren las causas coyunturales previstas en los arts. 22 y 23 del Real Decreto-ley 8/2020 no se considerará justificado el despido o la extinción del contrato de trabajo por fuerza mayor o por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción, sino que dichas circunstancias facultan, en su caso, para proceder a la suspensión de contratos o reducción de jornada por fuerza mayor (art. 22) o para la suspensión o reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (art. 23). Por el contrario, si la empresa acredita la existencia de una situación estructural, sí que puede acordar el despido colectivo.

7.- Debemos resolver este motivo con sujeción a los hechos probados de la sentencia de instancia, con las adiciones fácticas realizadas por este tribunal al estimar parte de los motivos de revisión histórica casacional. La parte recurrente justifica el despido colectivo por la situación económica de la empresa y por la disminución de la demanda de sus productos, que están directamente relacionadas con el COVID-19. Además, la empresa sostiene que el despido está motivado por las previsiones relativas al tiempo que va a durar la caída del tráfico aéreo en el futuro, lo que afecta directamente a su negocio de fabricación de motores de aviones. Hemos explicado que el fracaso de los motivos de revisión fáctica dirigidos a incluir en el relato histórico estas previsiones privan de sustento a dichas afirmaciones. En esta tesitura, al no haber acreditado la empresa que concurra una situación estructural, debió haber articulado medidas de flexibilidad interna y no externa.

8.- En definitiva, incumbía a la empresa acreditar que las causas económicas y productivas justificativas del despido eran estructurales, lo que no ha hecho. Se trata de causas que están relacionadas con la pandemia por COVID-19: a comienzos del año 2020 la empresa PCB no se encontraba en una situación económica negativa, ni concurrían causas productivas que justificaran una reducción de su plantilla, la cual no estaba prevista. El despido colectivo tiene su origen en el impacto de la pandemia en su actividad principal, en particular en las expectativas futuras hasta que finalicen los efectos de la crisis sanitaria. Al no haberse acreditado su naturaleza estructural, dicha situación excepcional debió afrontarse mediante la adopción de medidas de flexibilidad interna y no con despidos colectivos.

Por tanto, al no haber probado la empresa PCB la existencia de causas económicas y productivas estructurales que justifiquen el despido colectivo de 87 trabajadores de la empresa y otros tres trabajadores cautelarmente, de conformidad con el razonado informe del Ministerio Fiscal, procede desestimar este motivo.

Séptimo.

1.- En el último motivo del recurso se denuncia la infracción de los arts. 51.1, 51.2 y 55 del ET; arts. 1 y 16.3 del Real Decreto 1483/2012; art. 124.11 de la LRJS; art. 2 del Real Decreto-ley 9/2020; arts. 22 y 23 del Real Decreto-ley 8/2020; art. 47 del ET; y art. 38 de la Constitución, así como de la doctrina jurisprudencial que cita, alegando que las causas justificativas del despido son estructurales y no provienen del COVID-19, por lo que no es aplicable el art. 2 del Real Decreto-ley 9/2020; que dichas causas no son las mismas que motivaron el ERTE de la empresa; que la limitación del art. 2 del Real Decreto-ley 9/2020 solo afectaría a los trabajadores afectados por ERTE COVID-19 en el momento de despido; y que si se hubiera vulnerado el art. 2 del Real Decreto-ley 9/2020 la consecuencia no sería la nulidad del despido. La parte reitera los argumentos vertidos en el motivo anterior, por lo que debemos remitirnos a los fundamentos de derecho anteriores: el empleador no ha probado que se trate de causas económicas y productivas estructurales, por lo que no está justificado el despido colectivo.

2.- Reiterada doctrina jurisprudencial (por todas, sentencia del Pleno del TS de 20 de octubre de 2021, recurso 87/2021, y las citadas en ella) explica cuál es el sentido y alcance de la garantía de indemnidad: «del ejercicio de la acción judicial o de los actos preparatorios o previos al mismo no pueden seguirse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para la persona que los protagoniza», toda vez que el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 de la Constitución) no se satisface solo «mediante la actuación de jueces y tribunales, sino también a través de la (citada) garantía de indemnidad». Como afirmó la sentencia del TC número 14/1993, de 18 de enero, «Para que opere el desplazamiento hacia el empresario de la carga de prueba, no basta simplemente con que el trabajador afirme la vulneración de la garantía de la indemnidad (o de cualquier otro derecho fundamental), sino que ha de acreditar un indicio o —sin que proceda realizar mayores precisiones— un principio de prueba que permita deducir que aquella vulneración se puede haber producido (se remite, por ejemplo, a las SSTS 26 de abril de 2018, rcud 2340/2016, y 22 de enero de 2019, rcud 3701/2016)». El art. 17.1 del ET establece expresamente que serán «nulas» las decisiones del empresario que supongan un trato «desfavorable» a los trabajadores como «reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial».

Respecto de la prueba de indicios y la distribución de la carga probatoria, los arts. 96.1 y 182.1 de la LRJS establecen que, ante la concurrencia de «indicios» de que se ha producido la vulneración de un 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».

3.- En el supuesto enjuiciado, se ha acreditado la existencia de indicios de que se ha producido una vulneración de la garantía de indemnidad de los trabajadores, puesto que sus representantes impugnaron el ERTE acordado por la empresa PCB, se dictó sentencia por el Juzgado de lo Social declarándolo nulo en fecha 11 de septiembre de 2020 y el 12 de noviembre de 2020 la empresa comunicó su intención de iniciar un proceso de despido colectivo, que comenzó en fecha 24 de noviembre de 2020. Dicha conexión temporal es un indicio de la vulneración de la garantía de indemnidad.

El empleador no ha aportado una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de que el despido colectivo es ajeno a la vulneración de la garantía de indemnidad. En el escrito de interposición del recurso de casación unificadora el empleador combate dicho indicio alegando que el grupo mercantil había anunciado en fecha 23 de julio de 2020 la necesidad de adaptarse a un mercado de menor tamaño. Pero se trata de una alegación carente de sustento en el relato fáctico de instancia, lo que impide estimarla.

En el hecho probado décimo se explica que el día 22 de septiembre de 2020 se emitió informe de auditoría en el que se mencionaba que el Grupo ITP tenía intención de reducir en un 15% su plantilla. El citado informe de auditoría reproduce las Cuentas Anuales de PCB, en las que se hace referencia a dicha intención de reducción de plantilla. Se trata de un documento de fecha posterior a la declaración de nulidad del ERTE que tampoco justifica que el despido colectivo fuera ajeno a la vulneración de la garantía de indemnidad.

El relato histórico de instancia, con las adiciones efectuadas al estimar los motivos de revisión fáctica casacional, revela que la empresa reaccionó a la nulidad del ERTE tramitando un despido colectivo, sin acreditar que las causas fueran estructurales y sin aportar una justificación objetiva y razonable de que dicho despido era ajeno a la vulneración de derechos fundamentales.

En consecuencia, debemos estimar los motivos subsidiarios de fundamentación del fallo formulados por la Confederación Sindical ELA, la Confederación Sindical de CC.OO. de Euskadi y la Central Sindical LAB, desestimando este motivo del recurso. Se declara nulo el despido colectivo por vulneración de la garantía de indemnidad, deviniendo irrelevante el examen de la alegación de la parte recurrente relativa a que los despidos colectivos que vulneran el art. 2 del Real Decreto-ley 9/2020 deben declararse no ajustados a derecho.

4.- De conformidad con los citados argumentos, oído el Ministerio Fiscal, debemos desestimar el recurso de casación, confirmando la sentencia recurrida. La extensión y complejidad de los escritos de interposición e impugnación del recurso de casación justifican que la imposición de costas a la parte vencida se haga en la cuantía máxima de 1.800 euros por cada una de las impugnaciones verificadas (art. 235 de la LRJS). Se acuerda la pérdida de los depósitos y el mantenimiento de las consignaciones para recurrir, a los que se dará el destino legal (art. 228.3 de la LRJS).

FALLO

Por todo lo expuesto,

EN NOMBRE DEL REY

y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido :

1.- Desestimar el recurso de casación interpuesto por la representación de la mercantil Precision Casting Bilbao SAU, confirmando la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en fecha 4 de mayo de 2021, procedimiento 10/2021.

2.- Con imposición de costas a la parte vencida en la cuantía de 1.800 euros por cada una de las impugnaciones verificadas. Se acuerda la pérdida de los depósitos y el mantenimiento de las consignaciones para recurrir, a los que se dará el destino legal.

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

Así se acuerda y firma.

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.