

DEMANDA N.º: Procedimiento de **SENTENCIA N.º:** 772/2021
instancia 6/2021
NIG PV: 00.01.4-21/000013
NIG CGPJ: 48020.34.4-2021/0000013

**SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA
DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO**

En la Villa de Bilbao, a 4 de mayo de 2021.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, formada por los/as Ilmos./Ilmas. Sres./as. D. JUAN CARLOS ITURRI GARATE, Presidente en funciones, D. FLORENTINO EGUARAS MENDIRI y D^a MAITE ALEJANDRO ARANZAMENDI, Magistrados/as, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

Vistos los presentes autos n.º 6/2021 sobre Despido Colectivo, en los que han intervenido, como parte demandante CONFEDERACION SINDICAL ELA, CONFEDERACION SINDICAL DE CCOO DE EUSKADI, CENTRAL SINDICAL LAB y FEDERACION DE INDUSTRIA CONSTRUCCION Y AGRO DE LA UNION GENERAL DE TRABAJADORES FICA-UGT, y como parte demandada PRECISION CASTING BILBAO S.A.U., INDUSTRIA TURBO PROPULSORES SA, COMITE DE EMPRESA DE PRECISION CASTING BILBAO SAU.

Es Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. FLORENTINO EGUARAS MENDIRI, quien expresa el criterio de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se presentaron ante la Sala del TSJPV sendas demandas por la representación letrada de los sindicatos ELA, Comisiones Obreras, LAB y UGT, sobre despido colectivo frente a las empresas Precisión Casting Bilbao, SAU –PCB-; Industria Turbo Propulsores, SA –ITP-; Comité de Empresa, y los diversos sindicatos accionantes.

SEGUNDO.- En las indicadas demandadas se impugnó el despido colectivo practicado por la empresa, y después de exponer los hechos y fundamentos que se consideraron oportunos, se pedía que se declarase no ajustado a derecho el despido, subsidiariamente, y con carácter principal la nulidad del mismo.

TERCERO.- Las demandas fueron tramitadas previa admisión que se ha realizado de las mismas por Decreto del Sr. Letrado de la Administración de Justicia, y designación de ponente a cada una de ellas, requiriéndose la documentación oportuna, y dictándose Auto por la Sala del TSJPV el 26 de marzo de 2021, en el que se resolvió acumular los procedimientos de despido tramitados con los números 6,7, y 13 de 2021 al primero de los indicados.

CUARTO.- La empresa comunicó a cada uno de los trabajadores afectados por el despido la tramitación del procedimiento de despido colectivo, abriéndose pieza separada respecto a las comunicaciones de los trabajadores afectados donde se designaba el domicilio para que se les practicara notificación de la sentencia.

QUINTO.- En escrito presentado por la representación letrada de los sindicatos demandantes se desistió de la pretensión articulada frente a la empresa Industria Turbo Propulsores, SA.

SEXTO.- Se convocó a las partes para la celebración del acto de conciliación y posterior juicio, y al no alcanzarse acuerdo en aquel se inició este. En el desarrollo del juicio se alegaron diversas cuestiones por las partes, sustancialmente oponiéndose la empresa a las demandas e interponiendo la excepción de inadecuación de procedimiento, y los demandantes reiterando sus argumentos, desistiendo de la pretensión de falta de documentación en el procedimiento previo de despido, y manteniéndose el resto.

SÉPTIMO.- El órgano judicial desestimó en el desarrollo de la base probatoria diversas pruebas consistentes en las testificales propuestas tanto por la empresa como por el sindicato UGT, realizándose las oportunas protestas por los afectados, y llevándose a cabo la incorporación de los documentos, la prueba pericial y los interrogatorios.

OCTAVO.- Finalizado el periodo de prueba se elevaron a definitivas las conclusiones de las partes constando acta elaborada al efecto con soporte digital.

NOVENO.- Ha sido parte del procedimiento el Ministerio Fiscal que compareció al acto del juicio realizando las alegaciones que consideró oportunas.

DÉCIMO.- Ha sido ponente el Ilmo. Sr. Don Florentino Eguaras Mendiri.

HECHOS PROBADOS

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.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El relato de los hechos se ha extraído de la diversa probanza practicada en el acto del juicio, y en concreto de la siguiente prueba: los hechos probados primero y segundo de la Memoria y Acuerdo de 2 de junio de 2016; los hechos probados tercero a séptimo de los documentos aportados por las partes; los hechos probados octavo y noveno de la Memoria del expediente del despido colectivo y de la sentencia del Juzgado lo Social número dos de Bilbao de 16 de abril de 2021 que prácticamente coinciden en los datos; el hecho probado décimo del informe de auditoría de 2019; el hecho probado undécimo de las sentencias dictadas y que en él se refieren; y, el duodécimo de la documental de las partes.

El relato fáctico se ha sustentado en los diversos elementos probatorios procurándose extraer las consecuencias de hecho, evitando reproducciones que son inadecuadas. Se parte de la existencia de un convenio colectivo que nadie cuestiona y cuyo art. quince así como disposición final son valoradas en relación al acuerdo que se celebró el 2 de junio de 2016.

En el juicio se inadmitieron las pruebas testificales por considerarlas innecesarias. Al efecto se argumentó que los acuerdos y pactos serían interpretados al aportarse por las partes, y que la situación empresarial era la que se acreditaba en el proceso de tramitación del despido colectivo, por lo que sería respecto a ella a la que debía atenderse, constando la documental incorporada en el proceso de consultas que se iba a completar con la probanza pericial.

Por último, en orden a la documental que presentó el representante del Comité de empresa indicar que como documento particular se admitió, y aunque fue impugnado por la representación de la empresa, sus datos no fueron contrastados adecuadamente por ella, siendo que debía ser la empleadora la que conociese su veracidad. Sin embargo, no se ha tenido en cuenta su contenido porque, según señaló el representante de los trabajadores, las circunstancias que constaban respecto a los trabajadores afectados por el despido eran también extrapolables a los no afectados de manera generalizada, de modo que, por ejemplo, incluidos en los acuerdos del año 2016 se indicó que existían unos 250 trabajadores en total. Esta ha sido la razón por la que no se ha establecido en el relato de los hechos nada concreto sobre ello, con independencia del desarrollo argumentativo que después haremos.

SEGUNDO.- Precisaremos, además, con carácter inicial que se ha producido un desistimiento de la petición de responsabilidad a la codemandada Industria Turbo Propulsores, SA, y se acepta este desistimiento al no existir ninguna objeción por las partes al efecto, ni apreciarse óbice sobre ello por esta Sala.

También se ha prescindido por la parte actora de la pretensión relativa a la no presentación de documentos por parte de la empresa en el periodo de consultas, manteniéndose, sin embargo, la pretensión de mala fe en el mismo.

Igualmente, inicialmente, la empresa ha articulado la excepción de inadecuación de procedimiento en orden al examen de las preferencias de afectación del despido colectivo.

Respondemos a esta excepción señalando que se va a desestimar. La causa de ello es que los demandantes en sus pretensiones suscitan la posible vulneración de derechos fundamentales y criterios de afectación de los trabajadores por incumplimiento empresarial de los pactos existentes.

No se cuestiona en las demandas la aplicación de los criterios aplicativos a cada uno de los trabajadores, sino que se argumenta en términos generales si los parámetros establecidos por la empresa se ajustan a criterios de legalidad en base al ámbito constitucional y los acuerdos suscritos.

Con independencia de que pueda realizarse una especificación de los casos de los trabajadores afectados a la hora de comprobar si concurre una conculcación del derecho fundamental o los acuerdos; con independencia de ello, lo cierto es que el planteamiento que formulan las demandas

responde a criterios de generalidad, y en tal sentido es en el que se va a desestimar la excepción. Si apreciásemos una quiebra del ámbito constitucional en la selección programada y la aplicación del despido, o la vulneración de unos pactos colectivos, entonces el despido puede adolecer de un vicio que es para todo él, no para un grupo de trabajadores, pues podríamos deducir entonces la intencionalidad de la empresa de obtener por un medio indirecto una quiebra de determinados contenidos que le son indisponibles.

En definitiva, y tal y como hemos anunciado, la excepción se rechaza.

TERCERO.- El examen de las diversas actas que se han levantado en el periodo de consultas demuestra la existencia de un verdadero periodo de deliberación entre las partes en orden a la obtención de resultados positivos en la negociación del despido colectivo.

Las propuestas que inicialmente se realizaron respecto a la afectación de los trabajadores, modificándose posteriormente y presentándose alternativas indemnizatorias, y teniendo en cuenta, igualmente, el examen que la empresa ha realizado de las contrapropuestas de la representación de los trabajadores; todo ello nos conduce a entender que se ha negociado de buena fe, tanto en la entrega de la documentación como en la delimitación de los trabajadores afectados y de las consecuencias del despido. No se han quebrado ninguno de los presupuestos que para el despido colectivo establece la legislación vigente. El art. 51, núm. dos ET exige que durante el periodo de consultas las partes negocien de buena fe con vistas a la consecución de un acuerdo, y ello se ha cumplido.

El periodo de deliberaciones no es simplemente el cumplimiento de un trámite (TS 15-9-2015, recurso 218 de 2014). Tampoco consiste la mala fe en el mismo en la rigidez en las posturas, pues lo que se requiere para apreciar esa mala fe es una posición de ocultamiento, de enmascaramiento de una postura con la que se pretende incumplir el periodo de deliberación (STS de 20-5-2014, recurso 276 de 2013). Y, en nuestro caso, no se aprecia esa postura contraria a la deliberación o el diálogo. Las actas demuestran la disparidad y las convergencias. Y de aquí el que podamos aceptar que existe en el despido examinado un periodo de diálogo que se ajusta al precepto indicado y a los criterios jurisprudenciales dictados sobre el trámite de las consultas (STS 23 de septiembre de 2014, recurso 271 de 2013).

Respecto a la alegación de ocultación de datos de un cliente que se imputa a la empresa, así como la presión que sobre el mismo presuntamente se ejerció sobre los trabajadores para que aceptasen los despidos, señalar que no consideramos, vistas las actas, que sea un elemento relevante, pese a la importancia que sobre tal extremo manifiesta la parte actora. No parece que el expediente y el periodo de consultas quede influido o significado por ello, siendo un elemento más del mismo, pero sin peso o entidad trascendente. Además, la parte ha desistido de su petición de que no se le facilitase la documentación oportuna, por lo que solo por la vía de la mala fe pudiese ser considerada

esta materia, y en esta línea resulta insuficiente para entender que la empresa intencionadamente defraudó las consultas y el procedimiento o incurrió en mala fides.

Nada referimos respecto a la pretendida venta de la entidad que participa a la demandada ni de la previsión de reducción de plantilla del 15 % que se alude en el informe de auditoría de 2019, al no encontrar elementos directos de prueba sobre ello en el actuar de la empresa en referencia al periodo de consultas, aunque sí que tenemos en cuenta esos alegatos que se ajustan a lo manifestado en dicho informe, y por ello lo hemos incorporado al relato fáctico. Y lo tenemos en cuenta para determinar un indicio de prueba respecto a la intención de la empresa de reducir parte de la plantilla de trabajadores. Si a ello unimos, como después desarrollaremos, que la empresa ha actuado un despido colectivo después del fracaso del ERTE, podemos establecer que se ha constituido un panorama en el que se acredita que subyace en la voluntad empresarial una intención de reducción de la plantilla de trabajadores, y esta voluntad nos lleva a examinar y fiscalizar con mayor exigencia probatoria la carga de la empresa de probar que las alegaciones que realizaba de las causas económicas y productivas para fundar el despido son reales e indiscutibles, no simplemente justificables. Se requiere que la empresa despeje cualquier posible sospecha de que ha pretendido aprovechar una situación como la actual para llevar a cabo sus intenciones previas de reducir la plantilla. Y será desde este prius desde el que valoraremos las pruebas aportadas para concluir si se acreditan las causas. No es posible enajenar e independizar el despido colectivo que actualmente analizamos de la propia dinámica actuarial de la empresa pues la objetivación del derecho y su racionalidad no eximen a los órganos judiciales de practicar el juicio de la razón que implica el derecho –nihil sine razione-. Los tribunales no son simples fedatarios o aseverativos de la realidad, sino que examinan la razonabilidad de lo actuado desde la simbología que es el derecho. De aquí el que para acercarnos al enjuiciamiento que practicamos partamos de una proyección de futuro/prospectiva deseada por la demandada, que es la reducción intencional de la plantilla por parte de esta y también lo hagamos desde el momento actual que nos obliga a ponderar las causas del despido objetivo articulado (causas económicas y productivas) según su propia necesidad, no los simples intereses de la empresa.

CUARTO.- Los criterios de selección que se han establecido por la empresa a la hora de fijar los trabajadores despedidos, efectivamente, no se encuentra que vulneren ningún derecho constitucional.

La igualdad que predica el artículo catorce de la Constitución exige el acreditamiento de elementos de diferenciación entre trabajadores que son constitucionalmente irregulares. En la igualdad se diferencian dos niveles: el llamado de la discriminación y el de la desigualdad. La desigualdad, directa o indirecta, requiere un examen en cada caso respecto a las situaciones existentes y comparables. La discriminación exige la concurrencia de causas proscritas y a ellas se refiere el artículo catorce de la Constitución y –añadimos en nuestro ámbito- 17 ET (STC de 3 de octubre de

2016, sentencia 162). La desigualdad prohibida es la que lleva consigo que situaciones similares se traten de forma diferente, sin una causa objetiva para ello. Se exige la prueba de que lo igual es tratado de forma distinta (STC 28 de mayo de 2015, sentencia 110). Por ello el postulado inicial es el de la acreditación de situaciones similares que son injustificadamente diferenciadas.

No existe prueba en nuestro caso de que los trabajadores que están afectados por los criterios de selección se encuentren en situaciones especiales o particulares respecto a la plantilla total de la empresa. El representante del Comité nos ha manifestado que en la misma situación que los afectados por el despido se encuentran una gran pluralidad de trabajadores que no han sido incluidos en la selección. De aquí, y respecto a la alegación de discriminación, no deducimos la concurrencia de la misma, desestimando este argumento.

Los pactos a los que aluden los demandantes, de 2016, no son especialmente significativos de ningún criterio selectivo contrario a derecho. Por un lado, porque de esos pactos no deducimos la consolidación de ningún criterio concretado que limite la posibilidad del ejercicio de un despido colectivo por la empresa, puesto que sólo se refieren a la limitación en orden a las contrataciones previstas en los acuerdos; de otro, es significativo que el convenio colectivo, sobre el que nadie cuestiona su vigencia, ha establecido una repercusión concreta respecto al despido disciplinario y el despido objetivo individual, expresando la referencia exclusiva a estos supuestos la misma dicción del artículo 20 del convenio. De ello, el que si acudiésemos a los medios interpretativos de los convenios colectivos, artículos tres, siete, y 1281 y siguientes del Código Civil (STS 5-4-17, recurso 28 de 2016), convendríamos que los términos utilizados son claramente expresivos de una limitación y restricción de la prerrogativa establecida de despido disciplinario e individual, que excluye y no contempla el supuesto que ahora vemos, que es el del despido colectivo.

Por tanto, ni apreciamos la conculcación del derecho fundamental ni tampoco la existencia de criterios que sean contrarios a un acuerdo de mantenimiento del empleo, con independencia de que si la aplicación de esos criterios no se acomoda a ellos, entonces, y por la vía individual, pudiera prosperar una pretensión frente al despido del trabajador particularmente afectado.

Por último, en referencia a las menciones que se realizan respecto a posibles garantías y quiebras por pertenecer a grupos con salarios más altos, mayor formación y polivalencia, así como quienes se encontraban en situación de reducción de jornada por guarda legal o periodos de incapacidad temporal; respecto a ellas precisar que nada consta, y no se ha desprendido de la prueba practicada el que se incluyese a trabajadores en estas particulares situaciones de forma exclusiva y excluyente. El total del colectivo afectado parece que no presenta una significación especial que les distinga respecto a los trabajadores no despedidos.

Conclusión de lo anterior es que no es aplicable ninguna nulidad por causa de aquel supuesto que ha previsto el art.124, 13-4ª, b) 3ª LRJS.

QUINTO.- Nos adentramos a partir de ahora en la aplicación del art. dos del RDL 9/20.

Para acercarnos a esta cuestión debemos analizar las causas alegadas por la empresa, tratando la idoneidad de las mismas respecto a la medida de despido adoptada, y ello para poder establecer la separación, en su caso, de causas propias de despido, independientes de la pandemia, o, por el contrario, causas vinculadas a esta. Y, partimos, a su vez de ese marco de carga probatoria que exige que la empresa pruebe sin género de duda la realidad de las causas. Recordaremos lo que hemos expresado al final de nuestro Tercer Fundamento en orden a gravar a la empresa con la constancia de dichas causas. Centramos el debate en estas, que nos conduce en parte a esa diferencia que realizan las partes de causa coyuntural o estructural.

Conforme al art. 51 ET, son causas económicas aquellas que concurren cuando los resultados de la empresa determinen una situación económica negativa, en casos como pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente del nivel de ingresos ordinarios o de ventas; se considera que existe una disminución persistente si durante tres meses consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior. Son causas productivas aquellas que se aprecian cuando se producen cambios en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado.

La causa económica examina la situación de toda la empresa, y al efecto se pueden considerar estas cuestiones: en primer término, es posible la apreciación de la situación económica mediante las declaraciones de IVA (STS 26 de junio de 2020, recurso 4405 del 2017); y, en segundo lugar, la disminución de ingresos durante tres trimestres continuados determina esa situación o causa económica del despido (STS 28 de junio de 2016, recurso 354 del 2015).

Pero, y ello es aplicable para todas las causas, es necesaria la denominada causalidad o proporcionalidad del despido para que este sea regular. La causalidad significa que la medida sea ajustada a las circunstancias, a su finalidad y revista caracteres de razonabilidad suficientes (STS 9 de septiembre de 2020, recurso 13/2018). Así es posible que objetivamente la causa concurra, por pérdidas por ejemplo, y sin embargo no exista la idoneidad para el despido. Es cada caso el que determina el acomodo de la decisión empresarial a la realidad que el legislador ha previsto.

La medida adoptada por la empresa, y ya concretamos, responde a una situación que económicamente no es realmente negativa. Del folio 78 del informe técnico de Noviembre de 2020 se observa que los tres trimestres anteriores a noviembre de 2020 arrojan disminuciones, pero los dos últimos, segundo y tercero del ejercicio 2020, no deben computarse, pues son los que coinciden con la pandemia y la situación generada por ella. Y si el primer trimestre de 2020 arroja disminución

respecto al primero de 2019, el cuarto de 2019 supone beneficios respecto a su precedente, y marca una tendencia muy superior a los de 2018, salvo el cuarto. En general, apreciamos que los ingresos en el periodo examinado se mantienen en líneas muy similares, y ello nos hace concluir el que, en todo caso, las medidas adoptadas son desproporcionadas respecto a los datos concurrentes, porque no es admisible la reducción de una quinta parte de la plantilla con ese nivel de actividad y ventas.

Es difícil con esta situación el admitir que hay tres trimestres consecutivos de pérdidas. Pero, tengamos en cuenta que los datos de facturación son positivos, y que las previsiones por contratos confirmados eran más beneficiosas para el ejercicio 2020 que las que constaban en los previos de 2019 y 2018.

Consideramos, además, que las fuertes inversiones a partir de la apertura en 2017 del centro de trabajo implican una proyección en la actividad y no es computable un posible incremento de deuda en base a la propia capacidad organizativa de la empresa que determinó un porcentaje de volumen de producción superior al que venía practicándose, y que los márgenes de comercio venían avalando.

En definitiva, no es posible deducir, vista la trayectoria general y esas consideraciones necesarias de gastos financieros y desactivación de créditos fiscales apuntados por la Inspección de Trabajo, una situación negativa en el aspecto económico. Añadir que la actividad de 2016, en la que se pretende por la empresa el inicio del declive económico, no es computable, pues la empresa no la alegó en el periodo de consultas; y, tampoco figura en las memorias e informes. Debemos atender a la situación que se acredita y prueba en la fase previa al despido, no lo que posteriormente pueda mostrar la empresa.

De ello concluiríamos que el despido es injustificado, aunque nuestro análisis no queda aquí.

Lo realmente importante no va a ser la pretendida situación económica/productiva de la empresa, sino que las causas que se alegan en la Memoria son coincidentes con el impacto en todos los campos que ha supuesto la pandemia. La memoria e informes realizan una proyección a partir de la situación generada por el estado de alarma y la infección por el COVID-19. Todas las proyecciones económicas y productivas que la empresa presenta en el despido se apoyan y hacen referencia a la situación y panorama que se espera suceda por la pandemia. La causa que se esgrime, realmente, es esta, no una económica-productiva estructural. Y si se considera estructural lo es desde marzo de 2020 en que comienzan las restricciones al comercio y a las actividades comerciales. Y es en este panorama en el que se ha esgrimido la causa económica, al igual que la productiva. Y aquí es donde realizamos nuestra reflexión: la pandemia en su relación con el trabajo y la producción que se obtiene de este tiene un tratamiento jurídico dentro de nuestro derecho que es el que ha ofertado el artículo 22 del RDL 8/20. Es en consecuencia la medida que debía adoptarse por la empresa la que ha previsto este precepto, tal y como lo corrobora el art. 2 del RDL 9/20.

Los datos económicos y productivos nos conducen a estimar que la empresa a comienzos del año 2020 se encontraba en una senda productiva positiva, con liquidez y apoyo económico suficiente, sin plantearse ningún despido, incluso mantenía una bolsa importante de contrataciones temporales. La extinción de los contratos se suscita por las previsiones de ventas y el futuro incierto abierto ante la pandemia. Esta es la causa real de los despidos, y los datos que esgrime la empresa son en relación a ella, tal y como se desprende de la simple lectura de la memoria y el informe que se facilitó a los representantes de los trabajadores en el periodo de consultas. De aquí el que valoremos que ante esta coyuntura del COVID-19 rigen las medidas excepcionales, y por ello no podía procederse a un despido colectivo por la empresa según establece el art. dos del RDL 9/20, porque la situación que la empresa describe como causalizadora del despido no proviene de una coyuntura previa, si no de la generada por la pandemia. Nada en los informes hacía prever la necesidad de la articulación de un despido objetivo, tal y como nos lo demuestra el informe de auditoría del ejercicio 2019.

Tampoco las causas productivas concurren. La actividad de mercado y los pedidos confirmados muestran que la disminución o cancelación de los mismos procede de la crisis de la pandemia, y no de una coyuntura que fuese previa a esta. No es apreciable, en consecuencia, tampoco la causa productiva del art. 51 ET esgrimida por la empresa, y al efecto basta examinar ese incremento que en el ejercicio 2020 se había producido de pedidos respecto al previo de 2019.

En conclusión es aceptable la tesis de los demandantes.

Además de la estimación que hasta aquí hemos concretado, debemos añadir que también era estimable la pretensión que vinculaba el desajuste de la medida al expediente de regulación temporal de empleo.

Nos explicamos: es un criterio jurisprudencial el de que no puede la empresa realizar un ERTE y a la vez basar un despido en la misma causa (STS doce de marzo de 2014, recurso 673/13), solo es posible la sucesión/simultaneidad del ERTE y el despido cuando exista un cambio de circunstancias que diferencie uno y otro (STS de 24 de septiembre de 2014, recurso 271/13). Veamos que la empresa instrumentaliza el ERTE que fue anulado y declarado injustificado por esta Sala, y en él se argumentaba para su implantación el inicio de la crisis sanitaria y su expansión global, describiendo la situación de los mercados y el impacto de la crisis sanitaria en la demanda de los productos de la empresa.

En el expediente actual del despido colectivo la empresa vuelve a realizar iguales alegaciones, sustentando su situación económica y productiva negativas en el impacto de la pandemia.

En definitiva, nos encontramos ante la descripción en las dos medidas de un idéntico panorama, iguales consecuencias del mismo y soluciones u opciones del factor trabajo diferentes pero con las mismas causas. Y, reiteramos, no es posible analizar diferentes instrumentos de flexibilidad interna y

de salida si no existen distintas causas justificativas, y, todavía, es más censurable si es que la medida actual de despido se ha producido por una reactiva disposición de la demandada frente a las declaraciones judiciales que anularon y dejaron sin justificación la primera medida empresarial. Cuando el Juzgado de lo Social número nueve de Bilbao dicta su sentencia en septiembre, inmediatamente la empresa actúa instrumentalizando el despido colectivo. Existe una reacción a la inadmisión por parte de la jurisdicción de la medida adoptada, que se concreta en otra nueva más traumática: el despido. De forma objetiva y por la propia cronología de los hechos es deducible ese ánimo reactivo frente a las decisiones judiciales, y, en definitiva, a la propia pretensión de tutela ejercida por los trabajadores. También por esta vía concluiríamos la irregularidad de la medida empresarial (aunque este argumento de la posible quiebra de la tutela judicial nos parece que sólo es tratado de forma colateral por los demandantes).

SEXTO.- No consideramos que se haya acreditado la causa económica, tampoco la productiva, pues consta una actividad prevista con índices elevados hasta Marzo de 2020, decayendo a partir de entonces, y siendo apreciable que la única causa existente a partir de dicha fecha de Marzo de 2020 es la pandemia.

El debate que ha introducido la empresa sobre la estructuralidad de las causas o su carácter coyuntural (criterio diferencial aplicado jurisprudencialmente, por todas la ya citada STS 9-9-20, rc 13/18) no presenta relevancia en nuestro caso si consideramos que con la legislación sobre la pandemia –RRDDL 8 y 9/20- todas las situaciones van a ser coyunturales, salvo las que se producen en una tesitura independiente de la pandemia, a fecha de hoy con una exigencia retrospectiva más que prospectiva respecto a los hechos.

La idoneidad de la causa no se aprecia en la medida adoptada por la empresa y ello porque para nuestro legislador, RDL 8/20 y 9/20, la pandemia no es causa de despido, por lo que si se ha actuado este, el mismo es injustificado, contrario a derecho y debe revocarse.

Llegados a este punto procede calificar este despido.

A este respecto, el Real Decreto-ley 30/2020, de 29 de septiembre, de medidas sociales en defensa del empleo, aplicable al tiempo en el que se examina el presente despido, estableció en su artículo 1 una prórroga de las medidas del artículo 22 del RDL 8/20, y el artículo 6 del mismo RDL 30/20 también ha fijado la continuidad de las medidas de protección del empleo del artículo 2 del RDL 9/20. De aquí, el que nos encontremos ante el marco normativo propio de la pandemia que sigue limitando, en el arco temporal en que nos movemos, las facultades empresariales de extinguir los contratos de trabajo por causa del COVID-19.

Ante la dualidad que se nos oferta de nulidad del despido y no justificado del mismo nos decantamos por aquella fórmula, al ser este el criterio que esta Sala de lo Social del TSJPV mantiene respecto a esta cuestión (STSJPV recurso 57/21, entre otras).

Partimos de que la normativa que establecen los RDL 8 y 9/20, se enmarca dentro de una legislación especial y excepcional, ante una situación única e imprevisible. En general la intervención estatal dentro del derecho laboral se produce en materias y coyunturas de obtención de la paz social, de manera que es el legislador el que asume en ellas las riendas de la conducción de las relaciones laborales para solventar momentos de importante conflictividad o extraordinaria necesidad de protección de los intereses laborales; y ello se hace mediante una legislación que pretende la fijación de unos contornos de indisponibilidad e imposición de figuras e instituciones para tanto los empresarios como los trabajadores y sus representantes. Con estas normas se regulan problemáticas que no obtienen respuesta por los cauces ordinarios de la negociación, ostentando un protagonismo el Estado del que normalmente prescinde.

El tipo legislativo que suele atender a situaciones de extrema urgencia y excepcionalidad es el decreto ley –ex art. 86 CE; STC 19-2-15, stcia 27-, y el que las normas que estamos aplicando tengan esta naturaleza ya nos hace sospechar que nos encontramos ante una regulación no normal. Tan es así que habitualmente por esta vía de técnica legislativa –decreto ley- se procede a modificar las normas existentes dotándolas de un nuevo contenido, y sin embargo en este caso –RDL 8 y 9/2020, posteriormente el 30/20-, se ha creado un sistema institucional ad hoc, específico para atender una concreta coyuntura.

El que se hayan utilizado las categorías propias de la funcionalidad laboral tiene su justificación en que son formas del derecho del trabajo y como tales deben operar en las circunstancias en que se las utiliza dentro del entorno del trabajo, pero teniendo presente que ya no están en juego por su régimen normal, el del ET, sino por otro cauce, que es el propio de la norma que las ha recogido. Y es en este contexto –legislación de la pandemia- donde las debemos interpretar, y al hacerlo debemos prescindir de su operativa habitual y desenvolverlas en la nueva circunstancia a la que se ha pretendido atender; y en ella hacer su interpretación, ajena a lo que son otros bloques normativos operativos para el decurso normal de la cosas. Y es entonces cuando, como veremos, las consecuencias de esta aplicación interpretativa nos deben separar de las causas tasadas en el ET y la LRJS de la restitutio in pristinum o del despido nulo, y utilizar las fórmulas que se acomodan a la excepcional coyuntura.

La normativa invocada es de esta naturaleza excepcional, con una clara finalidad de actuar frente a una situación inédita, imprevisible tanto en su origen como en su desarrollo, articulando el legislador medidas imaginativas que procuran la preservación de la paz/estado social mediante el mantenimiento del empleo. El tercer protagonista de las relaciones laborales junto a la empresa y los trabajadores, el Estado, ha asumido una prerrogativa que suplanta a los negociadores sociales, y

tanto por la urgencia como por la gravedad ha configurado unos presupuestos de responsabilidad social –de todos los agentes- con el fin del mantenimiento de las estructuras productivas y del empleo, de los que se deriva, entre otras, una única consecuencia: que la situación de pandemia no suponga la destrucción de empleo, manteniéndose un paréntesis ficticio de continuidad de las relaciones laborales, con el significado concreto de que nadie sea despedido por la situación de cierre de los mercados y de las actividades productivas.

La pretendida congelación de la fotografía previa al estado de alarma ha llevado consigo el que, inicialmente, el RDL 8/20, art. 22, haya previsto que los cauces para amortiguar el estado de alarma sean los de la suspensión de los contratos de trabajo; y, en segundo término, RDL 9/20, art. 2, que nadie pueda ser despedido por la situación generada en el ámbito empresarial por la pandemia. Se presume que salvo que se pruebe –no que se alegue- una causalidad totalmente ajena al estado de alarma y sus consecuencias para la extinción del contrato de trabajo; salvo que ello se acredite lo que ha existido es un despido irregular. Esto es lo que ha acontecido en el proceso que examinamos. La empresa no ha justificado causas diferentes o distintas a las que ha supuesto la pandemia.

Y ello se ha intentado reforzar y remarcar legislativamente mediante una disposición expresa en tal sentido, el art. 2 del RDL 9/20, por medio de la cual se intenta que no quede duda de que la intención del legislador es clara en su opción, frente a las posibilidades ordinarias que ha previsto el ET, se impone lo dispuesto en los arts 22 y 23 del RDL 8/20. Esta fuerza interpretativa es el mismo legislador el que la propugna mediante el despeje de cualquier duda al efecto. Nos encontramos, por tanto, ante una interpretación que realiza el mismo legislador, y la misma fuente de la que proviene la misma le dota de un carácter especialmente singular de autenticidad (interpretación auténtica).

En definitiva, todo despido colectivo no procedente por causas ajenas al COVID-19, está vinculado con la pandemia y es ilegal, cualquiera que sea la forma y motivación que adopte. Esta es la tesis que cabe concluir de la interpretación normativa que se examina de conformidad al art. 3 CC, aplicable en estos casos dentro del deber de los órganos judiciales de obtener la tutela judicial (STS 20-5-2014, rc 156/2013).

Y, todavía, veamos que en España hemos alcanzado la tasa de desempleo del 16,13% en diciembre de 2020 –tres millones setecientos diecinueve mil parados-, frente al 13,78% existente a diciembre de 2019, y en aquella cifra no se incluyen los 700.000 trabajadores que están incluidos en expedientes de ERTE. Esto lo exponemos al hilo de que las medidas de contención de la pérdida del empleo siguen continuando y promulgándose con esta finalidad, de forma que a la crisis no se sumen más extinciones de contratos de trabajo que aquellas que sean ajenas a ella –RDL 30/2020-; y estas cifras nos obligan a comprender la tesis laboral ante la que se dictan las normas que examinamos e interpretarlas en la dinámica del art. 3 CC –realidad social del tiempo en que son aplicadas-.

Toda esta conjunción de elementos generales y particulares propios del Derecho Laboral confluyen y se congenian en el acogimiento de otra institución típica del marco de este derecho social, como es la figura del despido nulo.

El engarce entre el mantenimiento del empleo y la resolución irregular del contrato de trabajo por un acto unilateral del empresario nos conduce a la restitución ad integrum del vínculo laboral. Y ello por estas razones: primera, por la indisponibilidad de la norma excepcional por parte de cualquiera de los sujetos participantes en las relaciones laborales, tanto en la esfera de la voluntad general como en la particular de un contrato de trabajo (empresa y sindicatos), en cuanto que el tercer sujeto de las relaciones laborales, el público, es el que se ha atribuido las funciones de delimitar los parámetros funcionales y de reacción ante la pandemia y sus consecuencias; la segunda, porque solamente se acomoda a esa previsión de mantener el empleo y la situación previa a la generada con el RD 463/20, la reposición de la situación previa de los trabajadores al acto ilícito de su despido; tercera, porque la vis atractiva de la imposición a los empresarios y trabajadores de un sistema concreto de atender la crisis les ha privado de la disponibilidad de la extinción de los contratos de trabajo, y les obliga a asumir un instrumento concreto fuera del cual, en los supuestos del art. 22 RDL 8/2020 (completado por el 2 del RDL 9/2020, para nuestro caso, y posteriormente el 30/2020), no hay alternativa: es ope legis. Fuera de los contornos legislativos no hay discrecionalidad; y, cuarto, porque esa no disposición de la facultad de despedir que establece el art. 2 del RDL 9/20 conduce a que no sea posible que por la declaración de despido injustificado se produzca lo que no ha querido la norma, y que a la postre se opte por la extinción del contrato mediante una indemnización, que es la posible consecuencia del despido improcedente/extinción injustificada. Si se admite ello se introduciría una quiebra de la misma norma, dejándola sin contenido eficaz.

No se trata de automatizar las instituciones propias del derecho laboral, sino de dotarles de su verdadero empaque. Por ello, no es que sea porque se trate de un posible despido fraudulento el que la consecuencia del mismo sea la nulidad, no, de lo que se trata es de que la voluntad de las partes ha quedado criogenizada, y se ha asumido por el legislador una función propia de los interlocutores sociales, que es la negociación y la disponibilidad de determinadas instituciones, creando un marco de derecho necesario. De aquí el que haya adquirido la preservación del empleo en la concreta situación generada una significación mayor a aquélla que se había pretendido para otros casos; y todo el bloque normativo dictado para la pandemia forma un conjunto holístico y sistémico, propio y autónomo, ajeno al paralelismo ordinario de las figuras del derecho laboral y su regulación. En definitiva, se ha diseñado un sistema para la situación, con la configuración de las causas y formas de actuar, ERTE, y se ha ubicado a la protección del empleo frente a la pandemia en un rango electivo similar al de la protección de los derechos fundamentales; en el mismo rango que los derechos que determinan la consecuencia de la nulidad del despido.

Y, si la libertad de mercado y de disposición del empleo pertenece al ámbito empresarial, en este caso esta prerrogativa se ha restringido, y es por ello que se ha dictado una norma de derecho necesario, indisponible por las partes, y que conduce a la nulidad del despido con sus consecuencias.

Por último, queremos resaltar un elemento de legalidad ordinaria. El despido objetivo presenta una especialidad –acorde con la reducción de la indemnización y sus peculiares tramitaciones- como es que cuando la empresa articula indebidamente el instrumento –vía arts 51/52 ET- la consecuencia no es la improcedencia sino la nulidad, y lo mismo sucede cuando no cumple formalmente con los requisitos exigibles. Así se ha calificado de nulo el despido en el que se ha dispersado la figura del empresario (STS 17-2-2014, rc. 142/13); en los casos en los que el despido aunque era colectivo se ha modulado individualmente (STS 17-5-2016, rc 3037/14); o cuando han mediado posiciones empresariales fraudulentas (STS 8-9-2020, rc 225/14). La categoría del despido nulo en los casos de los art. 51 ET es más comprensiva que en los supuestos del despido ordinario, pues a los previstos –ex art. 55, 5 ET- se suman otros, y es la normativa del art. 22 RDL 8/2020 claramente integrativa de los supuestos de los despidos objetivos (a sus causas se refiere el mismo precepto).

Si tradicionalmente se ha indicado que los órganos judiciales no pueden suplantar la voluntad empresarial, ofertando al empresario fórmulas de articulación de sus poderes de dirección y organización, en definitiva de realizar la actividad de producción (STS 26-4-13, rc 2396/12), la normativa que examinamos sí ha impuesto la vía de actuación a los titulares de los derechos laborales (el RDL 30/2020 va más lejos) y lo ha hecho por un cauce de derecho necesario, lo que en otros ámbitos se define como *ius cogens*.

Hasta ahora hemos expresado los argumentos deducibles de la dinámica aplicativa del derecho social, pero no debemos dejar al margen los criterios que se desprenden de la teoría general del derecho. Si acudimos a ella la conclusión que obtendremos igualmente será la nulidad del despido.

En primer término, ya lo hemos enunciado, las normas a veces son reforzadas por el mismo legislador en orden a esclarecer cuál es la interpretación que se les debe realizar, y se dictan nuevas reglas para clarificar o remarcar lo previamente establecido (interpretación auténtica), con el fin de disipar dudas y conducir inexorablemente la voluntad de los sujetos afectados por la eficacia normativa.

El art. 2 del RDL 9/2020 es uno de estos supuestos. Esta disposición ha pretendido reforzar la previsión de los arts. 22 y 23 RDL 8/2020, y postular sin duda alguna lo que se ha establecido: los contratos se suspenden, no se faculta para despedir por causas relacionadas con la pandemia. Tanto esfuerzo legislativo no casa con la posibilidad abierta al empresario de acudir o a un despido simulado, o a uno carente de causa, o a una vía de improcedencia que faculte al empresario con la

opción que fija el art. 56 ET para obtener lo que expresamente se ha rechazado normativamente, que es la extinción contractual;

En segundo lugar, y ello es consecuencia de lo anterior, no es admisible una especie de defraudación de la norma por la vía de la legalidad paralela a la normativa establecida para una realidad concreta, como es la que se ha contemplado en los RRDDL 8 y 9/2020. Al constituirse una norma de derecho necesario la misma debe ser contemplada en su alcance e integridad, proscribiendo cualquier cauce indirecto de derogación (art. 6, 4 CC);

Y, tercero y nuevo efecto de lo dicho, los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho –ex art. 6, 3 CC-. El despido –individual y y colectivo- es un negocio jurídico con una declaración de voluntad de extinción del contrato de trabajo que es recibida por el trabajador, y como tal negocio dentro del derecho determina, en general, la necesidad de acomodarse a la regulación del derecho laboral que lo fiscaliza. Por ello, si se impugna el despido se examina la conformidad del acto jurídico empresarial con la previsión normativa.

Para el ET el despido colectivo irregularmente practicado por regla general es declarado injustificado –ex art.124-11, paraf 2º LRJS-, pudiendo el empleador indemnizar la extinción optando por el pago pertinente -, y prescindir de la readmisión del trabajador por este cauce. Los supuestos de nulidad son los que se acomodan a la excepcionalidad de las normas imperativas –tutela de derechos indisponibles o fuera de la mercantilización-.

En nuestro caso nos encontramos con la aplicación de previsiones de derecho imperativo y de prohibición. Contravenir los presupuestos del marco de los arts. 22 y 23 RDL 8/2020 es una actuación contraria a la norma cogente –art. 9 RDL 9/2020. Ergo: nula; y la nulidad in radice implica la reposición a la situación precedente (quod nullum est, nullum producit effectum).

SÉPTIMO.- Consecuencia de todo lo anterior es la estimación de las demandas acumuladas, la declaración de nulidad del despido y la condena a la empresa, previo desistimiento que se admite de la entidad ITP.

OCTAVO.- Se hace saber a la parte que contra esta sentencia se podrá interponer recurso de casación ordinaria ante el Tribunal Supremo. Al tiempo de hacerlo se deberá realizar la consignación oportuna de las cuantías de los salarios de tramitación (STS 20-4-2015, rc 354/14), ajustándose a los requisitos y plazos que constan al final de la presente sentencia.

FALLAMOS

Se estiman las demandas acumuladas, procedimientos números 6/2021, 7/2021 y 13/2021, interpuestas por Doña Mainer Katti Aguirre Lizárraga, letrada que actúa en nombre y representación de la Confederación Sindical ELA, don Jesús González Marcos, que lo hace en nombre y representación de la Confederación Sindical de Comisiones Obreras de Euskadi; don Aritz Tellitu Zabala por la Central Sindical LAB y don José Joaquín Rodríguez González, 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.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal, informándoles de que no es firme, pudiendo interponer recurso de casación ordinario en los términos y con los requisitos que se detallan en las advertencias legales que se adjuntan.

Así, por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

E/

VOTO PARTICULAR que formula la Ilma. Sra. magistrada doña Maite Alejandro Aranzamendi en el procedimiento despido colectivo número 6/2021, el que se apoya en el artículo 260 LOPJ y el siguiente FUNDAMENTO DE DERECHO, que paso a exponer:

ÚNICO.- Discrepo respetuosamente de la sentencia mayoritaria aprobada por la Sala, y concretamente en orden a la calificación del despido colectivo tramitado en la empresa demandada.

Coincido por tanto con los fundamentos de derecho primero a quinto pero no así con el sexto, y mi discrepancia radica en que, a mi entender, la sala debería declarar el Despido colectivo no ajustado a Derecho pues no comparto el criterio mayoritario de esta sala en esta concreta cuestión.

Por un lado, y antes de entrar en el tema de la calificación del despido, matizo que estoy de acuerdo con la sentencia mayoritaria en su conclusión de que en el caso del ERE sometido a nuestra consideración no ha quedado acreditada la causa económica ni la productiva, tal y como se expone al principio de ese ordinal sexto, aunque discrepo del argumento de que sobra el debate sobre la estructurabilidad de las causas o su carácter estructural, pues entiendo que este debate sí puede presentar relevancia en el contexto de la legislación excepcional COVID, debiendo examinarse en cada caso concreto. Sobre todo, teniendo en cuenta que tanto el Real decreto ley 8/2020 como el 9/2020 se asentaron sobre el presupuesto de que la pandemia tendría una duración limitada y corta, creando un paréntesis de excepcionalidad sanitaria, tras el cual podría retornarse a la situación de normalidad (en este sentido, véase artículo 5 del Real decreto ley 8/2020 o la exposición de motivos del Real decreto ley 9/2020), lo que no se está cumpliendo ya que la duración se está alargando y después de un año resulta muy incierta a pesar de la vacuna, pudiéndose prolongar los efectos negativos sobre la economía de las empresas. En cualquier caso, comparto que no ha quedado acreditada en este caso la existencia de causa económica estructural suficiente para justificar el despido colectivo, pues no consta con el suficiente rigor que la medida ofrecida por el legislador a través de los ERTES no habría ayudado a la empresa a la superación de la crisis derivada de la pandemia, teniendo en cuenta que han de valorarse las circunstancias concurrentes en el momento de la tramitación del ERE, no las posteriores, y no puedo concluir que la empresa se encontrara entonces en una situación de extrema gravedad o fuera inviable económicamente, en los términos de la sentencia del TS 09/09/2020 recurso 13/2018. Y asumo en esta línea el resto de los argumentos expuestos en la sentencia mayoritaria para apoyar esta conclusión.

Por otro lado, en relación a la calificación del despido colectivo, comparto que la regulación de las medidas complementarias adoptadas en el ámbito laboral para paliar los efectos derivados del COVID-19 es excepcional pues se ha dictado a esos efectos para regular una situación excepcional. Pero se trata de una normativa parca que plantea muchos interrogantes. Me refiero en este caso a la disposición contenida en el artículo 2 del Real decreto ley 9/2020 de 27 de marzo que en concreto y,

en lo que interesa a este pleito, no aclara si su incumplimiento conlleva la declaración de improcedencia o nulidad de la extinción del contrato de trabajo individual o colectiva acordada por el empleador en el ámbito de la pandemia y de dicho precepto, ya que sólo establece que *“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”*. Comparto con la posición mayoritaria que el precepto lo que pretende es impedir que la empresa extinga válidamente contratos de trabajo por causas objetivas relacionadas con esa situación que podrían haber motivado la suspensión del contrato o la reducción de jornada a través de los mecanismos de flexibilidad interna dispuestos en la normativa excepcional COVID (es decir, los ERTES por fuerza mayor y causas ETOP en los términos del artículo 22 y 23 del Real decreto ley 8/2020). Pero más allá de ello, su interpretación está resultando polémica en la doctrina y la jurisprudencia menor, manejándose sólidos argumentos dogmáticos en favor de una u otra opción de las que se barajan en el recurso: nulidad o improcedencia.

Asumo que el despido colectivo impugnado ha incumplido el artículo 2 del Real decreto 9/2020 y, siendo la calificación del despido ilegítimo el tema aquí discutido y a la espera de que el Tribunal Supremo unifique doctrina para terminar con la no deseable inseguridad jurídica actual, con todo el respeto hacia la opinión mayoritaria, discrepo de la misma y considero que los despidos que se realicen con desconocimiento de lo dispuesto por el artículo 2 del RDL 9/2020 deben ser declarados improcedentes/no ajustados a Derecho y no nulos, en la misma línea que ha resuelto el TSJ Andalucía Sevilla en su sentencia de 19/11/2020 recurso 1795/2019, Madrid en su sentencia de 25/11/2020 recurso 590/2020 o Cataluña en su sentencia de 31/03/2021 recurso 3825/2020. En resumen, porque entiendo que ni la normativa excepcional ni la ordinaria del ET amparan suficientemente la interpretación mayoritaria de la nulidad del despido.

La cuestión es importante no sólo por el debate que suscita desde el punto de vista técnico jurídico, sino también por sus consecuencias. La declaración de la nulidad del despido según nuestra legislación sustantiva y procesal conlleva el resarcimiento *in natura* -readmisión del trabajador despedido y abono de salarios de tramitación- mientras que la de la improcedencia conlleva en general el resarcimiento por el equivalente -abono de indemnización legal con extinción de la relación laboral-.

Entiendo que la regulación de emergencia anti COVID no permite alcanzar solución diferente a la de la declaración de la improcedencia del despido.

Desde el punto de vista literal, considero que el artículo 2 del Real decreto ley 9/2020 no introduce una verdadera prohibición de despedir sino mas bien una limitación en relación a las causas que pueden justificar la procedencia de un despido en esta coyuntura (*“no se podrán entender como*

justificativas de la extinción“). Por lo tanto, el debate se sitúa en la norma entre la improcedencia y la procedencia del despido (su legitimidad) en función si de si existe o no causa para el despido, no entre la nulidad y la improcedencia (lo que afecta más bien a las consecuencias del despido ilegítimo).

Si no se prevé por la norma excepcional una expresa prohibición de despedir, no es aplicable el artículo 6.3 del Código civil que sanciona con la nulidad de los actos contrarios a las normas prohibitivas.

Y sin que quepa acudir a la nulidad con las consecuencias que conlleva ya que la jurisprudencia consolidada califica de improcedente y no nulo el despido sin causa (por ejemplo, STS 27/01/2009 R 602/2008, 29/09/2014 R 3248/2013, 05/05/2015 R 2659/2014). Este criterio ha sido también el de esta sala adoptado en sentencias como la de 03/02/2015 R 15/2015, 18/10/2016 R 1869/2016.

Desecho el argumento del fraude de ley, pues el artículo 6.4 Código Civil dispone que los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiera tratado de eludir. Comparto el planteamiento de la sentencia mayoritaria de que nos encontramos ante una normativa excepcional que trata de regular una coyuntura excepcional cuya finalidad es el mantenimiento del empleo, y que la empresa que no acude a los mecanismos de flexibilidad interna expresamente dispuestos y reforzados en la normativa excepcional, como son los ERTES, y despide a un trabajador en esta coyuntura, podría conseguir en este momento de crisis un fin contrario al ordenamiento jurídico, la estabilidad en el empleo, en determinados casos. Pero la sanción por esa posible conducta fraudulenta en tal sentido debería ser la improcedencia y no la nulidad de tal decisión, en coherencia con la doctrina jurisprudencial consolidada (STS 05/05/2015 R 2654/2014, 23/10/2018 R 2715/2016, etc) que limita la nulidad de los despidos a los supuestos más graves explícitamente recogidos en la norma (despidos discriminatorios o realizados con vulneración de derechos fundamentales, despidos de personas protegidas por su situación de embarazo, lactancia, nacimiento, etc).

En este sentido me parece muy importante resaltar que si el legislador excepcional hubiera querido disponer otro efecto, lo habría hecho, pues ha tenido muchas y sucesivas ocasiones de aclarar esta cuestión a lo largo de las numerosas disposiciones aprobadas desde que se declaró el estado de alarma por RD 463/2020 de 14 de marzo, no habiéndolo regulado. En concreto, la vigencia del artículo 2 del Real decreto ley 9/2020 de 27 de marzo ha sido prorrogada sucesivamente, la última vez hasta el 31/05/2021 por el Real decreto ley 2/2021 de 26 de enero, cuando ya estaba vivamente planteado este debate en la doctrina y tribunales hacía meses, sin que se haya abordado este extremo, por lo que no puedo presumir que la voluntad de legislador de emergencia haya sido cambiar el criterio que se deduce de la legislación anterior, que continúa vigente.

Resalto también que la propia exposición de motivos del Real decreto ley 9/2020 salva la vigencia de las causas de despido del contrato de trabajo previstas en la normativa laboral, por lo que volvemos al ámbito de las causas, único en el que debe analizarse la limitación legal, ya que nada se dispone en relación a la calificación de las extinciones que tengan lugar con infracción de lo dispuesto en el artículo 2.

Por último, y en relación a la finalidad de la normativa excepcional, que comparto es claramente la del mantenimiento del empleo ante la situación creada por el Covid 19, apunto a una interpretación de dicho concepto (el mantenimiento del empleo o la no destrucción del mismo) que tenga en cuenta el contexto y la realidad social del tiempo que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas, en aplicación de los cánones hermenéuticos de interpretación de las normas jurídicas dispuestos por el artículo 3.1 Código Civil. Nos encontramos ante una crisis sanitaria y económica generalizada que empezó en marzo 2020, y en este contexto debemos plantearnos el significado del objetivo de la estabilidad en el empleo pretendido por la norma excepcional anti COVID. Dicha normativa nació (y así se deduce de la exposición de motivos del Real decreto ley 8/2020 y 9/2020) con una vocación de atender a una situación coyuntural de duración limitada, pero ya no puede calificarse así pues desde que comenzó a dictarse ha transcurrido más de un año existiendo una gran incertidumbre en todo el planeta sobre cuál será su duración. En estas circunstancias, entiendo que no va a resultar fácil encontrar despidos que no estén “relacionados” con la pandemia en los términos del artículo 2 del Real decreto ley 9/2020 en relación con el artículo 23 del Real decreto ley/2020. Por lo que en todo caso habría que ser cautos en la interpretación de cuándo una decisión empresarial de poner fin a una relación laboral implica un fraude de ley, especialmente si a esa calificación le anudamos el deber de readmisión obligatoria como modo de rechazar la conducta empresarial fraudulenta. Entiendo que no puede generalizarse dicha conclusión a cualquier despido relacionado con la pandemia y habría que estar al caso concreto, sobre todo cuando pueda estar en peligro la supervivencia de la empresa y la estabilidad en el empleo de otros trabajadores, pues en definitiva hemos comenzado diciendo que es la finalidad de evitar la destrucción estructural del empleo la que debe dominar la interpretación que regula los despidos en el ámbito excepcional de esta normativa anti COVID.

Considero por todo ello que la calificación de dicha extinción como despido no ajustado a Derecho y no nulo es la más ajustada a las circunstancias del caso, debiendo haberse incluido dicha calificación en el fallo.

Así por este mi voto particular, lo pronuncio, mando y firmo.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada solo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que el mismo contuviera y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.
Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el Ilmo . Sr. Magistrado Ponente que la suscribe junto con el Voto Particular de la Ilma. Sra. doña Maite Alejandro Aranzamendi en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe

ADVERTENCIAS LEGALES.-

Contra esta sentencia cabe **recurso de casación ordinario** que podrá plantearse en el plazo de cinco días hábiles siguientes al de su notificación. Se considerará preparado por la mera manifestación de la parte, de su abogado, graduado social o por su representante, al ser notificada la sentencia, o bien mediante comparecencia ante esta Sala o por escrito presentado ante la misma.

Además, **si el recurrente hubiere sido condenado en la sentencia**, deberá acompañar, al preparar el recurso, el justificante de haber ingresado en esta Sala el importe de la condena; o bien aval bancario en el que expresamente se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista. Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social, una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

Igualmente y en todo caso, salvo los supuestos exceptuados, el recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregado en la secretaría de esta Sala de lo Social al tiempo de preparar el recurso, la consignación de un **depósito de 600 euros**.

Los **ingresos** a que se refieren los párrafos anteriores se deberán efectuar, o bien en entidad bancaria del Banco Santander, o bien mediante transferencia o por procedimientos telemáticos de la forma siguiente:

A) Si se efectúan en una oficina del Banco Santander, se hará en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de dicho grupo número 4699-0000-66-0006-21.

B) Si se efectúan a través de transferencia o por procedimientos telemáticos, se hará en la cuenta número ES55 0049 3569 9200 0500 1274, haciendo constar en el campo reservado al beneficiario el nombre de esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, y en el campo reservado al concepto el número de cuenta 4699-0000-66-0006-21.

Están exceptuados de hacer todos estos ingresos las Entidades Públicas, quienes ya tengan expresamente reconocido el beneficio de justicia gratuita o litigasen en razón a su condición de trabajador o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social (o como sucesores suyos), aunque si la recurrente fuese una Entidad Gestora y hubiese sido condenada al abono de una prestación de Seguridad Social de pago periódico, al anunciar el recurso deberá acompañar certificación acreditativa de que comienza el abono de la misma y que lo proseguirá puntualmente mientras dure su tramitación.