

Roj: **STS 4131/2014 - ECLI:ES:TS:2014:4131**Id Cendoj: **28079140012014100554**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **17/07/2014**Nº de Recurso: **32/2014**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**Ponente: **LUIS FERNANDO DE CASTRO FERNANDEZ**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **STSJ NA 202/2013,**  
**STS 4131/2014**

## **SENTENCIA**

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

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación interpuesto por la representación de la «CONFEDERACIÓN SINDICAL ELA» frente a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Navarra en fecha 31/Octubre/2013 [autos 199/2013 ], a instancia de aquella y frente a «SIC LÁZARO, SL», «CORLAGO HOLDING, SL», «ENGINEERING MECHANICAL SYSTEM, SLU», «EUROPE BUSINESS STEEL, SAU», «CORLAGO MANAGEMENT, SLU», «CORLAGO NET SLU», «ALMACENES BETON, SL» y «PROLAUR, SLU», así como frente a los Sindicatos «UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES» y «COMISIONES OBRERAS», sobre DESPIDO COLECTIVO.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por la representación procesal de «CONFEDERACIÓN SINDICAL ELA» se planteó demanda sobre despido colectivo, de la que conoció de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Navarra. En el correspondiente escrito, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho, terminaba suplicando se dictara sentencia por la que se declare: "que la decisión extintiva es nula y subsidiariamente injustificada y no ajustada a Derecho, condenando con carácter solidario a las codemandadas SIC LAZARO S.L. CORLAGO HOLDING S.L., ENGINEERING MECHANICAL SYSTEM S.L.U., EUROPE BUSINESS STEEL SAU., CORLAGO MANAGEMENT S.L.U., CORLAGO NET S.L.U., ALMACENES BETON S.L., y PROLAUR S.L.U. a estar y pasar por la referida declaración, con todas las consecuencias legales inherentes a tal declaración".

**SEGUNDO.-** Admitida a tramite la demanda, se celebró el acto del juicio, en el que la parte actora se afirmó y ratificó en la misma, oponiéndose las demandadas, según consta en acta. Recibido el pleito a prueba, se practicaron las propuestas y declaradas pertinentes.

**TERCERO.-** Con fecha 31 de octubre de 2013 la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Que debemos desestimar y desestimamos la demanda interpuesta por la CONFEDERACION SINDICAL E.L.A. contra las empresas SIC LAZARO, S.L., CORLAGO HOLDING, S.L., ENGINEERING MECHANICAL SYSTEM, S.L.U., EUROPE BUSINESS STEEL, S.A.U., CORLAGO MANAGEMENT, S.L.U., CORLAGO NET S.L.U., ALMACENES BETON, S.L., PROLAUR, S.L.U., y los Sindicatos U.G.T. y CC.OO., declarando ajustado a derecho, por causas productivas, el DESPIDO COLECTIVO acordado por la codemandada SIC LAZARO, S.L., absolviendo a todos los demandados de las pretensiones en su contra ejercitadas".

**CUARTO.-** En la citada sentencia se declararon probados los siguientes hechos: "PRIMERO.-La empresa SIC LÁZARO SL se dedica a la fabricación de contrapesos de ascensor y para el sector de la maquinaria



pesada.- SEGUNDO.-SIC LÁZARO SL pertenece a un grupo de empresas, de la que es cabecera Corlago Holding SL, formado por Sic Lázaro SLU, Engineering Mechanical System SLU, Europe Busines Steel SAU, Corlago Management SLU, Corlago Net SLU, Almacenes Beton SL y Prolaur SLU.- El socio único propietario de Sic Lázaro SL es Corlago Holding SL.- Sic Lázaro tiene plantas abiertas en otros países, como Italia, Francia, Polonia, China, Estados Unidos o Brasil, empresas de las que posee el 100% del capital.- TERCERO.-El objeto social de Corlago Holding SL son las actividades de las sociedades holding y su Consejo de Administración está formado por D. Narciso , D. Oscar , D. Plácido , D. Raúl , D. Romualdo y D. Santos . Su domicilio social se sitúa en Carretera Alfaro S/N de Corella (Navarra).- El objeto social de Sic Lázaro SL es la Fabricación de otros productos de hormigón, yeso y cemento.- Sus administradores solidarios D. Narciso , D. Oscar y D. Jose Pablo . Su único accionista es Corlago Holding SL y el domicilio social inicialmente se situó en C/ Laurel nº 8 de Corella y actualmente en la Carretera de Alfaro S/N de la misma localidad.- Engineering Mechanical System SL se dedica a la fabricación de productos básicos de hierro, acero y ferroaleaciones. Sus administradores son D. Narciso , D. Oscar , D. Plácido , D. Raúl , D. Romualdo y D. Santos . Su único accionista es Corlago Holding SL y el domicilio social se encuentra en el Polígono Industrial de Buñuel (Navarra), parcela D- 1. Prolaur SL se dedica a la compraventa de bienes inmuebles por cuenta propia, su único accionista es Corlago Holding SL, sus administradores solidarios D. Narciso y D. Oscar . Su domicilio social se encuentra en C/ Laurel nº 8 de Corella.- Europe Busines Steel SA se dedica al comercio al por mayor de metales y minerales metálicos, su único accionista es Corlago Holding SL, el Consejo de Administración está formado por D. Narciso , D. Oscar , D. Plácido , D. Raúl , D. Romualdo y D. Santos . Su domicilio social se sitúa en Carretera Alfaro S/N de Corella.- El domicilio social de Corlago Management SL se ubica en Carretera Alfaro S/N de Corella, su único accionista hasta octubre de 2010 era D. Narciso , quien en esa fecha vendió todas sus participaciones a Corlago Holding SL. Sus administradores solidarios son D. Narciso y D. Oscar . - Almacenes Beton SL se dedica al comercio al por mayor de maderas, materiales de construcción y aparatos sanitarios, su principal accionista es Sic Lázaro SL (69,70%), sus administradores solidarios son D. Narciso y D. Oscar . El domicilio social inicial se situaba en C/ Laurel nº 8 de Corella y actualmente en el Polígono Ombatillo carretera Villar en Corella.- El objeto social de Corlago Net SLU es el comercio electrónico vía web al por mayor y menor de toda clase de mercancías, productos y servicios de lícito comercio, desarrollo de actividades y prestación. Su único accionista en Corlago Holding SL, sus administradores solidarios D. Narciso y D. Oscar . Su domicilio social está en Carretera Alfaro S/N de Corella.- CUARTO.-El Comité de Empresa de Sic Lázaro SL cuenta con 5 representantes del Sindicato ELA, 3 de UGT y uno de CCOO.- QUINTO.-En julio de 2012 Sic Lázaro inició la tramitación de una modificación sustancial de condiciones de trabajo que finalmente no aprobó. Con ella se pretendía, a partir de septiembre de 2012, reducir el salario de los trabajadores por aplicación de las tablas salariales del Convenio de la Industria Siderometalúrgica de Navarra. Para ello se invocaban causas económicas, concretamente la existencia de pérdidas económicas en el primer trimestre del año, que alcanzarían los 249.153 euros.- En enero de 2013 se aprobó un Expediente de suspensión de contratos de trabajo durante 42 días laborables que afectaba a la totalidad de la plantilla, compuesta por 102 trabajadores, a aplicar en un periodo de un año. Se invocaron causas económicas y productivas derivadas del descenso de las ventas y en la carga de trabajo así como una previsible disminución de la facturación durante el año 2013 de hasta 17 millones de euros, lo que equivaldría al descenso de un 30% en relación con el año 2012.- Sic Lázaro, hasta septiembre de 2013, sólo ha hecho uso del 55 % de la medida suspensiva acordada que, además, afectó a 88 de los 102 trabajadores en plantilla.- SEXTO.-El 24 de mayo de 2013 Sic Lázaro inicia el periodo de consultas con el Comité de Empresa para la extinción de 34 contratos de trabajo, basado en causas económicas y productivas derivadas de un descenso en las ventas y en la carga de trabajo que para el año 2013 se esperaba un descenso de la facturación de hasta 17 millones de euros, equivalente a un 30% menos que los valores de cierre de 2012. Se indicaba que la medida extintiva afectaría a oficiales, especialistas y peones y que los criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados eran la adscripción a puesto de trabajo, la polivalencia y la productividad.- En dicha comunicación la empresa hizo entrega al Comité de Empresa de la siguiente documentación: - Memoria explicativa.- - Cuentas anuales auditadas de Sic Lázaro SL correspondientes a los años 2009, 2010 y 2011, así como las cuentas de 2012 y el presupuesto para el 2013.- -Cuentas anuales formuladas por los Administradores Solidarios de Corlago Management SL de los años 2010 y 2011, las cuentas de explotación de 2012 y el presupuesto de 2013.- - Plantilla de Sic Lázaro SL en el año 2012. - Relación de trabajadores afectados. - Informe técnico sobre previsión de pérdidas para 2013.- Informe técnico sobre descenso en la demanda de productos y carga de trabajo.- Dicha documentación se da por reproducida.- SÉPTIMO.-El mismo día 24 de mayo de 2013 la empresa comunicó a la Autoridad Laboral la instrucción del referido Expediente extintivo, indicando que el número de trabajadores en plantilla era de 98, que los afectados serían 34 (oficiales, especialistas y peones), que entre ellos había 3 representantes de los trabajadores y, que los criterios tenidos en cuenta para su designación eran la adscripción a puesto de trabajo, polivalencia y productividad. En relación con las causas económicas y productivas se indicó que obedecían a un descenso en las ventas, en la carga de trabajo y en la facturación.- OCTAVO.-El periodo de consultas finalizó, sin acuerdo, el 24 de junio pasado.- Ese mismo día Sic Lázaro SL



comunicó a la Autoridad Laboral que el periodo de consultas había concluido sin acuerdo y que, no obstante, haría efectivos los despidos de 26 trabajadores, indicando que la reducción en el número de extinciones (de 34 a 26) estaba motivada por la exclusión de la lista de afectados a los miembros del Comité de Empresa y a los mayores de 55 años, además de reducir en tres más el número por motivos productivos.- También presento el calendario de extinciones, con el nombre de los afectados, señalando que 19 extinciones se producirían el 28 de junio, 4 el 5 de julio y 3 el 12 de julio de 2013.- Dicha comunicación también se efectuó al Comité de Empresa.- NOVENO.-El 29 de julio de 2013 la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Navarra emitió el preceptivo informe donde advirtió que no se habían aportado al expediente las cuentas anuales de Sic Lázaro de 2012 que deberían haberse elaborado en el primer trimestre de 2013, ni las cuentas provisionales de 2013, ni tampoco documentación fiscal o contable acreditativas de la disminución persistente del nivel de ingresos ordinarios o ventas durante los tres últimos trimestres y sus comparativos con los 12 meses anteriores.- En el mismo informe se señalaba que se aportaron las cuentas anuales de 2011 y 2012 de Corlago Management SLU y sin embargo no se adjuntaron las de la Sociedad dominante del grupo, Corlago Holding SL, ni las del resto de sociedades que lo integran.- En relación con los trabajadores afectados el informe pone de relieve que los criterios de polivalencia funcional, productividad y adscripción a puestos de trabajo no se plasmaron por escrito, ni se objetivaron trabajador por trabajador; que no consta en el expediente el cumplimiento atinente a la suscripción de convenio especial para los trabajadores mayores de 55 años, ni las medidas sociales de acompañamiento.- DÉCIMO.-Entre el 29 de junio y el 17 de julio de 2013 la planta que Sic Lázaro tiene en Italia estuvo cerrada como consecuencia del Decreto de Secuestro preventivo acordado por el Tribunal de Alessandria.- Derivado de ello parte de la producción se trasladó a la planta española en la que durante esos días prestaron servicios en Sic Lázaro cuatro trabajadores de Engineering Mechanical System SLU (dos de control de calidad y otros dos carretilleros).- UNDÉCIMO.-Damos por reproducidos los informes de vidas laborales de las empresas Engineering Mechanical System SLU y de Sic Lázaro SL obrantes a los folios 293 y siguientes de las actuaciones.- DUODÉCIMO.-Hasta el día de celebración del Juicio Sic Lázaro había procedido a la extinción de 20 contratos de trabajo.- DECIMOTERCERO.-El 12 de julio de 2013 por parte de la empresa Sic Lázaro, SL, se constituyó una hipoteca mobiliaria a favor de la Tesorería General de la Seguridad Social sobre el pleno dominio de los bienes muebles descritos en la escritura pública como garantía del pago de la suma de 152.843,60 euros de principal, 12.309,70 de intereses y un 3% más en concepto de costas y gastos, adeudados a la Tesorería por impago de cuotas del Régimen General de la Seguridad Social y de las que se refieren a desempleo, Fondo de Garantía Salarial y Formación Profesional durante el periodo de octubre a diciembre de 2012 y marzo de 2013.- DECIMOCUARTO.-Desde el 2012 las condiciones de venta a los principales clientes de Sic Lázaro han cambiado pasando de precio final puesto en la fábrica del cliente a precio final puesto en la fábrica de la demandada, de tal forma que los clientes asumen los gastos de transporte desde las fábricas de Sic Lázaro hasta las suyas.- Esto, a su vez, ha motivado que parte de la producción de la planta que Sic Lázaro tiene en España (Corella), se haya trasladado a otras plantas europeas más cercanas a los clientes, provocando así un incremento de la facturación intragrupo que en el año 2011 ascendió a 47.721,48 euros y en el 2012 a 644.458,83 euros.- DECIMOQUINTO.-La empresa Sic Lázaro SL cuenta con tres secciones: hormigón, oxicorte y grúa.- Durante el primer trimestre del año 2012 en la sección de grúas se facturaron 3.500.000 kilogramos y durante el mismo periodo del 2013 la facturación fue de 724.000 kilogramos.- En la sección de hormigón se pasó de facturar unos 10.000.000 de kilogramos en el primer trimestre de 2012 a 7.000.000 en los tres primeros meses de 2013.- En la sección de oxicorte la disminución en facturación de kilogramos entre los mismos periodos fue de 7.000.000 a menos de 6 millones.- La facturación en euros, sin computar la facturación intragrupos, cayó un 22% en la sección de grúas, un 25% en la de hormigón y un 24% en la de oxicorte.- Las ventas totales por euros facturados en Sic Lázaro durante el primer cuatrimestre de 2012 ascendieron a 5.883.045,53 euros y durante el mismo periodo del 2013 a 4.609.513,16 euros".

**QUINTO.-** Contra dicha sentencia se interpuso recurso de casación por la representación procesal de la «CONFEDERACIÓN SINDICAL ELA», amparándose en cuatro motivos: a) en el primero se reclama la nulidad del despido colectivo, denunciando la infracción del art. 51.2 ET, en relación con el art. 2.2. de la Directiva 98/59 y del art. 3.1 RD 1483/2012 [29/Octubre ], b) en el segundo se solicita la revisión de los ordinales séptimo y decimoquinto de los HDP; c) Por interpretación errónea del art. 51 ET, en relación con el art. 124.11 LRJS, y d) Se alega la misma interpretación errónea del art. 51 ET.

**SEXTO.-** Por providencia de ésta Sala se procedió a admitir a trámite el citado recurso y evacuado el trámite de impugnación, se emitió el preceptivo informe del Ministerio Fiscal en el sentido de considerar procedente la estimación del recurso, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo en Sala General el día 16 de julio de 2014, en cuya fecha tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO



**PRIMERO.-1.- La sentencia recurrida.-** La STSJ Navarra 31/10/13 [autos 199/13] desestimó la demanda interpuesta por la «Confederación Sindical E.L.A» contra las empresas «Sic Lázaro, SL», «Corlago Holding, SL», «Engineering Mechanical System, SLU», «Europe Busines Steel, SAU», «Corlago Management, SLU», «Corlago Net SLU», «Almacenes Beton, SL» y «Prolaur, SLU», así como frente a los Sindicatos «Unión General de Trabajadores» y «Comisiones Obreras», declarando la Sala de Social que era ajustado a Derecho el despido colectivo efectuado por la codemandada «Sic Lázaro, SL», basándose en causas productivas.

**2.- Los términos del recurso.-** Recurre «ELA» en casación, con cuatro motivos: a) en el primero se reclama la nulidad del despido colectivo, denunciando la infracción del art. 51.2 ET , en relación con el art. 2.2. de la Directiva 98/59 y del art. 3.1 RD 1483/2012 [29/Octubre ], por incumplimiento formal referido a la documentación en el periodo de consultas y más en concreto porque «no se fijaron los criterios de afectación de los trabajadores»; b) en el segundo se solicita la revisión -en los términos que posteriormente detallaremos- de los ordinales séptimo y decimoquinto de los HDP; c) en el tercero se interesa que la decisión extintiva sea declarada no ajustada a Derecho, por haber incurrido la sentencia recurrida en interpretación errónea del art. 51 ET , en relación con el art. 124.11 LRJS , por considerar la recurrente que la decisión extintiva no supera un juicio de «razonabilidad»; y d) en el cuarto se pretende la misma consecuencia, alegando la misma interpretación errónea del art. 51 ET y argumentando al efecto que «no estamos ante una situación estructural, sino coyuntural».

**SEGUNDO.-1.- La normativa aplicable.-** Antes de examinar los diversos motivos del recurso y como cuestión previa se ha de indicar que conforme al relato fáctico -ordinales sexto y octavo- el expediente extintivo se inició el 24/05/13 y que el periodo de consultas con la representación de los trabajadores concluyó sin acuerdo el 24/06/13. Ello supone que la normativa a aplicar esté constituida: a) por el art. 51 ET , en la redacción proporcionada por la Ley 3/2012 [6/Julio], de «medidas urgentes para la reforma del mercado laboral»; b) por el art. 124 LRJS , con texto ofrecido por la misma Ley 3/2012; y c) por el RD 1483/2012 [29/Octubre], que aprueba el «Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada».

**2.- Finalidad general de la aportación de documentos.-** También con antelación a tratar los motivos - particularmente el primero, sobre pretendido defecto de aportación documental- es necesario destacar que la principal finalidad de las previsiones legales sobre la documentación a aportar [ art. 6 RD 801/2011 ; y art. 3 del RD 1483/2012 ] es la de que los representantes de los trabajadores tengan información suficientemente expresiva para conocer las causas de los despidos y poder afrontar el periodo de consultas adecuadamente, tal como se deduce del art. 2 de la Directiva 98/59/CE del Consejo [20/Julio/98 ], relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos, y en el que igualmente se contempla esa misma finalidad -para la aportación documental- de proporcionar la información necesaria para abordar con mínimas garantías el periodo de consultas, al objeto de que el mismo pueda proyectarse -como mínimo- sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias, mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento ( SSTS SG 20/03/13 -rco 81/12 -; SG 27/05/13 -rco 78/12 - FJ 5.1 ; SG 19/11/13 -rco 78/13 -; SG 18/02/14 -rco 74/13-, FJ 7 ; y 26/03/14 -rco 158/13 - FJ 8.3).

**3.- El incumplimiento de la aportación documental en general.-** En coherencia con esa señalada finalidad, la Sala ha declarado que no todo incumplimiento de las previsiones legales sobre la aportación documental puede alcanzar la consecuencia de nulidad que contempla el art. 124 LRJS [«[l]a sentencia declarará nula la decisión extintiva cuando el empresario no haya ... entregado la documentación prevista en el artículo 51.2» ET ], sino tan sólo aquella que sea trascendente a los efectos de una negociación adecuadamente informada. Y nos referimos a la «trascendencia» de la documental, porque a pesar de los claros términos imperativos en que se expresan los arts. 3 [«contendrá»], el art. 4.2 [«incluirá»; «deberá aportar»; «deberá informar»; «deberán acompañarse»] y 5 RD 1483/2012 [«incluirá»; «deberá aportar»], así como del art. 51.2 ET [«se consignarán»; «deberá ir acompañada»] y del 124 LRJS [se «declarará nula la decisión extintiva» cuando «el empresario no haya ... entregado la documentación prevista» en el art. 51.2 ET ], de todas formas la enumeración de documentos que hace la norma reglamentaria no tiene valor «ad solemnitatem», y no toda ausencia documental por fuerza ha de llevar a la referida declaración de nulidad, sino que de tan drástica consecuencia han de excluirse -razonablemente- aquellos documentos que se revelen «intrascendentes» a los efectos que la norma persigue, cual es el proporcionar información que consienta una adecuada negociación en orden a la consecución de un posible acuerdo sobre los despidos y/o medidas paliativas [ art. 51.2 ET ]; con lo que no hacemos sino seguir el criterio que el legislador expresamente adopta en materia de procedimiento administrativo [ art. 63.2 LRJ y PAC] e incluso en la normativa procesal [ art. 207.c) LRJS ] ( STS SG 27/05/13 -rco 78/12 - FJ 5.1 ; SG 18/02/14 -rco 74/13-, FJ 7 ; SG 26/03/14 -rco 158/13 - FJ 8.3 ; y SG 25/06/14 -rco 273/13 -).



Para expresarlo más resumidamente, «[e]n suma, el carácter instrumental de los requisitos formales obliga a efectuar un análisis caso por caso. La nulidad del despido por esta causa vendrá ligada a la carencia de garantías del derecho a negociar, pues el periodo de consultas no puede entenderse efectuado si la falta de información suficiente impide que sirva a los fines del art. 51 ET » ( STS SG 25/06/14 -rco 273/13 -).

**TERCERO.- 1.- Sobre la vigente exigencia de indicar los criterios de selección de trabajadores.-** Indicado ello, hemos de decir que coincidimos plenamente con el Ministerio Fiscal cuando rechaza la viabilidad del primer motivo de casación. En efecto, no puede negarse que el art. 8.c) del RD 801/2011 [10/Junio ] declaraba que el empresario debería acompañar al inicio del expediente «[r]elación nominativa de los trabajadores o, en su defecto, concreción de los criterios tenidos en cuenta para designar a los mismos»; posibilidad alternativa -con preferencia de la relación nominal- que ya no existe en el actual Reglamento [RD 1483/2012], pues el mismo no solamente derogó de forma expresa el RD 801/2011 [Disposición derogatoria única], sino que en su art. 3.e) señala como documentación acompañatoria común a todos los procedimientos de despido colectivo [reproduciendo literalmente el art. 51.2.e) ET , tras su reforma por la citada Ley 3/2012], la relativa a los «[c]riterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados por los despidos», hasta el punto de que «la relación nominativa no basta y la mención de criterios es necesaria» ( STS SG 20/05/14 -rco 276/13 -). Pero de todas formas, el examen del defecto imputado no puede sino hacerse bajo el prisma de una serie de consideraciones que básicamente son también argüidas por el Ministerio Público, y que acto continuo pasamos a exponer con cierto detalle.

**2.- El incumplimiento relativo a los criterios de selección en particular.-** En esta misma línea, de rechazo al carácter sacramental de la documentación a entregar, también se ha indicado por la Sala, ya con expresa referencia a la necesaria exposición de los «[c]riterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados por los despidos», que esa exigencia del art. 51.2.e) ET -y del coincidente art. 3.e) RD 1483/2012 - no puede decidirse de forma aisladamente considerada, sino que la obligación y las consecuencias de su incumplimiento han de examinarse analizando en su conjunto la información proporcionada y teniendo en cuenta, además, las circunstancias concretas en las que se proyecta ( SSTS SG 18/02/14 -rco 74/13 -; y SG 25/06/14 -rco 273/13 -).

Y en el supuesto objeto de debate, nos encontramos con que si bien los criterios de selección fueron expresados de una forma inadecuadamente genérica [«la adscripción a puesto de trabajo, la polivalencia y la productividad», sin mayor concreción ni proyección objetiva sobre cada concreto trabajador], lo cierto y verdad es que la indicación fue acompañada de la relación nominal de afectados, y que en el curso de las reuniones entre la Empresa y el Comité [actas de 25/Mayo, 3/Junio y 14/Junio], como con todo acierto destaca el Ministerio Fiscal, hubo una verdadera negociación sobre la elección de los afectados, la empresa hizo aclaraciones sobre los referidos criterios de selección [inclusión en el ERE de los «trabajadores eventuales que finalizan contrato»; «... haciendo hincapié de nuevo en que la lista se ha dado en base a la productividad»] y los Sindicatos se limitaron a mostrar su disconformidad con que la lista incluyese a tres representantes de los trabajadores, que la empresa aceptó excluir del expediente, y a insistir en incluir dos prejubilaciones, sin que en momento alguno se plantease por la parte social la insuficiencia de los criterios de selección indicados por la empresa.

Y es esta última circunstancia la que nos proporciona el argumento decisivo para rechazar el motivo, pues la buena fe negocial que debe presidir el periodo de consultas [ art. 51.2 ], que es mera especificación del deber general de buena fe que corresponde al contrato de trabajo [como a todo contrato : art. 1258 CC ] y que en el campo de la negociación colectiva especifica el art. 89.1 ET [«ambas partes estarán obligadas a negociar bajo el principio de la buena fe»] ( SSTS SG 27/05/13 -rco 78/12 - FJ 4.2 ; y SG 18/02/14 -rco 74/13- JGR , FJ 6.2), comporta una elemental coherencia entre los planteamientos del citado periodo deliberativo y la fase judicial, no resultando acorde al comportamiento por buena fe exigible que en el periodo de consultas ninguna objeción se hubiese efectuado a los genéricos criterios de selección que se habían proporcionado [obviamente porque por sí mismos y/o por las aclaraciones complementarias que se hubiesen ofrecido resultaban suficientes a los fines de una adecuada negociación] y que en trámite procesal se argumente -siguiendo el posterior informe de la Inspección de Trabajo- que la empresa «no especificó cómo y de qué forma se habían valorado dichos criterios» y que «no se plasmaron por escrito, no se objetivaron trabajador por trabajador» y que ello «impide [ alcanzar ] los objetivos básicos del periodo de consultas»; pretensión que -a juicio del Ministerio Fiscal, en posición que compartimos- «entraña una pretensión contraria precisamente a la buena fe negocial».

**CUARTO.-1.- Las revisiones de los HDP que se proponen.-** Tal como adelantamos más arriba, el Sindicato recurrente insta la modificación del relato fáctico, con las siguientes adiciones:

a).- Incorporar al séptimo de los HDP la indicación de que «No obstante, a pesar de haber comunicado a la autoridad laboral que el número de trabajadores en plantilla era de 98, en la memoria explicativa página 17,



la empresa afirmó que la plantilla ascendía a 88 trabajadores. Así mismo [ sic ], la plantilla media en mayo de 2013 ascendía a 88,497 trabajadores».

b).- Añadir al ordinal decimoquinto que «De acuerdo con los datos aportados por la empresa demandada, el número de trabajadores a lo largo del año 2012 y 2013 en la empresa SIC LÁZARO ha sido el siguiente:

Nº Trabs. Ene Feb Mar. Abr May Jun Jul Ago Sep Oct Nov Dic

Año 2012 121 114 112 117 115 116 115 112 112 110 108 106

Año 2013 104 ??? 98 95 92 90

De acuerdo con los datos facilitados por la Seguridad Social a fecha 1/1/2013 figuraban de alta en la empresa Sic Lázaro SL 103 trabajadores, y a fecha 24/5/13 90 trabajadores».

**2.- Rechazo de las modificaciones fácticas propuestas.-** Es doctrina consolidada que el éxito de la denuncia del error de hecho requiere: a) Que se concrete con claridad y precisión el hecho que haya sido negado u omitido en el relato fáctico, sin que baste mostrar disconformidad con el conjunto de aquéllos. b) Que tal hecho resulte de forma clara, patente y directa de la prueba documental obrante en autos, sin necesidad de argumentaciones o conjeturas, sin que sea suficiente una genérica remisión a la prueba documental practicada. c) Que se ofrezca el texto concreto a figurar en la narración que se tilda de equivocada, bien sustituyendo o suprimiendo alguno de sus puntos, bien complementándolos. d) Que tal hecho tenga trascendencia para modificar el fallo de instancia ( SSTS 02/06/92 -rec. 1959/91 -...; SG 16/04/14 -rco 261/13 -; y 25/05/14 -rco 276/13 -).

Esta doctrina nos ha de llevar -en principio- al rechazo del motivo, pues tal como argumenta el Ministerio Fiscal en su muy estudiado informe, ni las afirmaciones que se proponen para el ordinal séptimo son exactas [el folio 1233 que cita el Sindicato recurrente refiere 92 trabajadores y no los 98 que se indican], ni las que se solicitan añadir al decimoquinto ofrecen la «trascendencia» para la parte dispositiva, pues no parece que la diversidad de plantilla entre Enero/2012 [121 trabajadores] y Mayo/2013 [92 empleados] pueda jugar -como veremos- papel decisivo alguno a la hora de resolver la cuestión de fondo planteada [inexistencia de causa justificativa de la extinción de 26 contratos de trabajo]. Ahora bien, ello no impide que esa segunda de las adiciones -la relativa al ordinal decimoquinto y cuya exactitud no cuestionamos- necesariamente haya de ser tenida en cuenta a efectos argumentales, en tanto que es la base de la infracción jurídica denunciada, por lo que si bien en principio no debe tener acceso formal a los HDP, de todas las maneras refleja «datos precisos y necesarios para que el Tribunal pueda conocer el debate en las sucesivas instancias y, a su vez, para que las partes, conforme al principio de seguridad jurídica, puedan defender adecuadamente sus pretensiones ( SSTS 22/01/98 -rco 1701/97 -; 10/07/00 -rco 4315/99 -; 07/12/06 -rco 122/05 -; y 21/12/10 -rco 208/09 -); en términos tales que invitan a tenerlos muy presentes a la hora de decidir el sentido del presente fallo.

**QUINTO.- 1.- El control judicial de la decisión empresarial conforme al Preámbulo de la Ley 3/2012.-** Tal como adelantamos, el tercer motivo del recurso -con denuncia de interpretación errónea del art. 51.1 ET - se destina a sostener que no han concurrido las causas productivas que justificasen la extinción de 26 contratos de trabajo, por defecto de «razonabilidad», entendiendo como presupuesto previo que «el control judicial ha de versar también sobre la razonable adecuación entre las vicisitudes de la empresa y la decisión de gestión adoptada por el empresario».

Con ello, el Sindicato «ELA» plantea frontalmente el arduo problema del control judicial en los despidos colectivos, que la Exposición de Motivos de la Ley 3/2012 parece limitar -al menos formalmente- de manera taxativa, al decir con rotundidad que los precedentes normativos «incorporaban proyecciones de futuro, de imposible prueba, y una valoración finalista de estos despidos, que ha venido dando lugar a que los tribunales realizasen, en numerosas ocasiones, juicios de oportunidad relativos a la gestión de la empresa. Ahora queda claro que el control judicial de estos despidos debe ceñirse a una valoración sobre la concurrencia de unos hechos: las causas».

**2.- Algunas consideraciones sobre el alcance -debido- del control judicial sobre la medida adoptada.-** Pero a pesar de esta contundencia, la Sala considera que no son admisibles ni el extraordinariamente limitado papel que de manera formal se atribuye a los Tribunales en ese Preámbulo ni la discrecionalidad absoluta que - en consecuencia- correspondería al empresario cuando mediase la causa legalmente descrita. Y al efecto entendemos que por fuerza ha de persistir un ámbito de control judicial fuera de la «causa» como hecho, no sólo por la concurrencia de los intereses constitucionales y compromisos internacionales que están en juego, sino también por aplicación de los principios generales en el ejercicio de los derechos:

a).- En efecto, el derecho al trabajo [art. 35] en su dimensión individual se concreta -aparte del derecho de obtención de puesto de trabajo en igualdad de condiciones- en «el derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir a no ser despididos sino existe una justa causa» ( SSTC 22/1981 , de 2/Julio, FJ 8;



125/1994, de 25/Abril, FJ 3 ; y 192/2003, de 27/Octubre , FJ 4), porque «tanto exigencias constitucionales como compromisos internacionales, hacen que rija entre nosotros el principio general de la limitación legal del despido, así como su sujeción para su licitud a condiciones de fondo y de forma, lo que no significa que no hayan de tenerse en cuenta los derechos constitucionales de la libertad de empresa y de la defensa de la productividad, pero sí que se ha de atender a la necesaria concordancia entre los arts. 35.1 y 38 CE y, sobre todo, el principio de Estado social y democrático de Derecho» ( STC 192/2003, de 27/Octubre , FJ 4). Cita a la que añadir -a ella se refiere obviamente la doctrina constitucional citada- los arts. 4 y 9 Convenio 158 OIT [relativos a la justificación causal del despido], que no sólo actúan como norma mínima, sino que presentan resistencia pasiva respecto de las disposiciones legales internas posteriores [ art. 96.1 CE ]; e incluso actúan como elementos interpretativos de los derechos constitucionalmente reconocidos -el derecho al trabajo, en el caso- ( SSTC 36/1991, de 14/Febrero, FJ 5 ; 99/2004, de 27 de mayo, FJ 3 ; 110/2007, de 10/Mayo, FJ 2 ; 247/2007, de 12 de diciembre, F. 20 ; y 62/2010, de 9/Junio , FJ 1).

Normativa de rango máximo que por fuerza hemos de tener en cuenta en la materia que tratamos [ámbito del control judicial de la decisión extintiva o modificativa], porque no hay que olvidar que la interpretación de las normas ha de ser acorde a la Constitución, a virtud del art. 5.1 LOPJ , lo que significa que de entre los posibles sentidos de la norma haya de elegirse «aquél que sea más conforme con las normas constitucionales» ( SSTC 103/1990, de 9/Marzo, FJ 2 ; 39/1992, de 30/Marzo, FJ 3 ; 20/1994, de 27/Enero, FJ 2 ; 103/2002, de 06/Mayo, FJ 4 ; y 192/2003, de 27/Octubre . Y SSTS 10/12/02 -rec. 1492/02 -; SG 22/12/08 -rcud 3460/06 -; SG 22/12/08 -rcud 856/07 -; 10/11/09 -rcud 2514/08 -; y 10/12/12 -rcud 4389/11 -). Y en concreto, nos obliga a excluir como admisible interpretación que el Preámbulo de la Ley 3/2012 consagra una facultad empresarial, la de extinción de contratos de trabajo mediando determinada causa legal, que se declara exenta de los límites propios de cualquier otro derecho, constitucional y ordinario, y que puede ser ejercido extramuros de la buena fe, de forma abusiva o antisocial; tal interpretación no solamente sería rechazable por contraria a los valores constitucionales citados y a alguno más, sino que resulta inadmisibles en un Estado social y democrático de Derecho [ art. 1 CE ], resultando más acomodado a la Constitución entender -porque la literalidad del texto lo permite- que la referida Ley 3/2012 únicamente prohíbe los «juicios de oportunidad» que censura y que -por supuesto- sujeta el derecho de extinción contractual al condicionamiento de que su ejercicio sea ejercido -como insistiremos- en forma ajustada a los principios generales del Derecho.

b).- Porque -ya en otro orden de consideraciones normativas- a la misma conclusión hemos de llegar por la directa vía de aplicar los citados principios generales de Derecho Común en el ejercicio de los derechos subjetivos, y muy particularmente tanto el que impone que el mismo haya de llevarse a cabo «conforme a las exigencias de la buena fe» [ art. 7.1 CC ], cuanto el que prohíbe el «abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo» [art. 7.2].

Y al efecto no cabe olvidar que la actuación conforme a las exigencias de la buena fe es un principio general positivizado en el referido art. 7 CC , precepto al que la doctrina atribuye cualidad de norma cuasi-constitucional, en tanto que constituye el límite institucional o intrínseco de todo derecho subjetivo, de toda situación de poder jurídico, cualquiera que sea la calificación jurídica que el mismo tenga [derecho; facultad], hasta el punto alcanzar incluso a los derechos fundamentales contemplados en la CE, en cuyo ejercicio se someten -como afirma el máximo intérprete de la Constitución- al control de actuación acomodada a la buena fe; de manera que a la hora de determinar la licitud o ilicitud del ejercicio del derecho -incluso fundamental, repetimos-, es la buena fe a la que hay que atender para determinar el ámbito de actuación permitido. En palabras del Tribunal Constitucional, la buena fe «es pauta y criterio general para el ejercicio de los derechos, y también para» los reconocidos como fundamentales, respecto de los que se presenta como «condicionamiento» o «límite adicional» (así, para la libertad de expresión, las SSTC 120/1983, de 15/Diciembre ; 88/1985, de 19/Julio ; 6/1988, de 21/Enero, FJ 8 ; 106/1996, de 12/Junio ; 1/1998, de 12/Enero ; 90/1999, de 26/Mayo ; 20/2002, de 28/Enero ; 151/2004, de 20/Septiembre , FJ 7. Para el derecho a información veraz, la de 241/1999, de 20/Diciembre; y para el derecho de libertad sindical, la STC 198/2004, de 15/Noviembre , FJ 7). De manera que -ello es una consecuencia obvia- con mayor razón ha de entenderse que el ejercicio de cualquier otro derecho -como el del empresario a proceder a la extinción de contratos en las situaciones legalmente previstas- ha de entenderse también condicionado/limitado por las exigencias de la buena fe, de acuerdo a una interpretación acomodada a los valores constitucionales.

**3.- Criterio de la Sala en orden al control judicial precedente.-** Los preceptos anteriormente citados -de orden constitucional, internacional y común- son insuperable obstáculo para limitar el control judicial a la exclusiva apreciación de la concurrencia de la causa como simple dato fáctico justificativo de la medida extintiva [o modificativa, en su caso], prescindiendo de la entidad -cualquiera que ésta fuese- de la reacción adoptada por el empresario para corregir la crisis padecida, sino que muy contrariamente imponen un juicio de «razonabilidad» acomodada a los referidos mandatos -constitucionales, internacionales y comunes-. Que es lo que en definitiva ya ha admitido el propio Gobierno de España cuando al contestar a interpelación de la OIT -en justificación de la



reforma legal llevada a cabo por la Ley 3/2012- manifiesta que las diversas causas legales «deben relacionarse razonablemente con los contratos de trabajo que se pretenden extinguir»; manifestación gubernamental que constituye un argumento más para entender con prudencial relativización los términos un tanto drásticos con que formalmente se manifiesta la EM de la citada Ley 3/2012, y que a la par supone -nos parece incuestionable- un claro apoyo para la hermenéutica del art. 51.1 ET que anteriormente hemos justificado y acto continuo desarrollaremos, en forma -entendemos- plenamente ajustada a nuestro sistema jurídico constitucional y ordinario.

El citado juicio de «razonabilidad» tendría una triple proyección y sucesivo escalonamiento: 1).- Sobre la «existencia» de la causa tipificada legalmente como justificativa de la medida empresarial [modificativa o extintiva]. 2).- Sobre la «adecuación» de la medida adoptada, aunque en su abstracta consideración de que la medida se ajusta a los fines -legales- que se pretenden conseguir, bien de corregir o hacer frente -en mayor o menor grado- a la referida causa. Y 3).- Sobre la «racionalidad» propiamente dicha de la medida, entendiéndose que este tercer peldaño de enjuiciamiento hace referencia a que han de excluirse por contrarias a Derecho las medidas empresariales carentes de elemental proporcionalidad. Juicio este último -de proporcionalidad- que ha de ser entendido en el sentido de que si bien no corresponde a los Tribunales fijar la precisa «idoneidad» de la medida a adoptar por el empresario ni tampoco censurar su «oportunidad» en términos de gestión empresarial, en todo caso han de excluirse -como carentes de «razonabilidad» y por ello ilícitas- aquellas decisiones empresariales, extintivas o modificativas, que ofrezcan patente desproporción entre el objetivo legalmente fijado y los sacrificios impuestos a los trabajadores (así, SSTs 27/01/14 -rco 100/13-, FJ 4 ; y SG 26/03/14 -rco 158/13 - FJ 10), porque en tales supuestos la decisión adoptada por la empresa sería contraria al ejercicio del derecho con la exigible buena fe e incurriría en la prohibida conducta contraria a aquélla o en los también excluidos abuso del derecho o ejercicio antisocial del mismo.

**SEXTO.- La razonabilidad -en principio- de la decisión extintiva acordada en el caso.-** Llegados a este punto, se ha de señalar que el Sindicato «ELA» rechaza que se ajusten a Derecho las 26 extinciones contractuales decididas, con la afirmación de que «no se desprende razonablemente que la medida propuesta por la empresa sea necesaria», lo que sustenta en plural argumento: a) «las causas productivas no pueden basarse en meras previsiones, deben responder a hechos reales y objetivables a la fecha de inicio del periodo de consultas»; b) la empresa debería haber justificado el ajuste de plantilla «en razón a la bajada de producción constatada a la fecha de apertura del periodo de consultas»; c) la documental «no acreditó que la plantilla estuviera sobredimensionada en el primer cuatrimestre de 2013, ya que no se estableció una relación entre carga de trabajo, capacidad productiva y número de operarios precisos»; y d) «hubiera sido necesario comparar la plantilla existente en el primer cuatrimestre del 2012 con la existente en el primer cuatrimestre de 2013».

El sustrato fáctico que apoya tal planteamiento es que -conforme a revisión propuesta y aceptada- en el primer trimestre de 2012, la plantilla de la empresa «Sic Lázaro, SL» osciló entre los 121 [Enero] y 112 [Marzo] trabajadores, en tanto que en el mismo periodo de 2013 fluctuó entre 104 [Enero] y 98 [Marzo]. Datos éstos con los que la recurrente pretende enervar -como causa extintiva- las afirmaciones del ordinal decimoquinto, respecto de que la facturación en kilogramos en el mismo periodo de tiempo cayó un 33,05 % [la facturación en euros nada sustancial expresa, por ir referida al porcentaje por secciones -grúas, hormigón y oxicorte- y no a su concreto importe]. Expresado aritméticamente, desde Marzo/2012 a Marzo/2013, en tanto que la facturación habría sufrido un descenso del citado 33,05 %, la plantilla había tenido una minoración del 12,5 %. O lo que es igual el desfase de la merma producción/personal era porcentualmente todavía del 20,55%, por lo que un despido colectivo del 28,26 % de la plantilla restante es algo que podrá cuestionarse desde el punto de vista de la exacta y deseable «idoneidad» o de la «oportunidad» en la gestión empresarial [algo ajeno a la misión que corresponde a los Tribunales], pero en principio no puede pretenderse que sea patentemente desproporcionado y que por ello resulte contrario a la buena fe, constituya un ejercicio abusivo del derecho o integre ejercicio antisocial del mismo, que son las causas por las que pudiéramos excluir la obligada «adecuada racionalidad» de la medida.

De esta forma, en el supuesto objeto de debate se cumplen las tres facetas o escalones del juicio de «razonabilidad» de la medida extintiva adoptada por el empresario: 1ª) consta acreditada la «existencia» de la causa legalmente justificativa de la medida empresarial, cual es el persistente y significado descenso en la facturación; 2ª) es innegable la «adecuación» de la medida adoptada, pues la reducción de plantilla se presenta como reacción natural frente a un irremediable descenso en la demanda; y 3ª) la concreta medida adoptada también ofrece «racionalidad» en sus dimensiones [excluimos todo juicio de «oportunidad» y/o «idoneidad»], estando ausente atisbo alguno de ser contraria a la buena fe o abusiva, así como tampoco hay motivo para considerar -ni se pretende por la parte- que hubiese supuesto un ejercicio antisocial del derecho.

**SÉPTIMO.- 1.- El argumento de la concreta inalegabilidad de la causa productiva.-** El cuarto y último motivo del recurso va dirigido -como hemos dicho- a dejar constancia de una doble infracción del art. 51 ET . De un





lado, porque la causa productiva es meramente coyuntural y no estructural, de manera -se argumenta- que únicamente justificaría la suspensión de los contratos de trabajo y no su extinción; y de otro, que «durante la aplicación de un expediente colectivo de suspensión de contratos no se podría aplicar un ERE extintivo a los mismos trabajadores afectados por la suspensión, siempre y cuando ambos expedientes estuvieren motivados por las mismas causas». Trataremos separadamente los argumentos.

**2.- La coyunturabilidad/estructuralidad como apreciación empresarial.-** El art. 51 ET -bajo el título «despido colectivo»- dispone que «[s]en entiende que concurren ... causas productivas cuando se produzcan cambios, entre otros en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado»; pero es que idéntica redacción también la ofrece el art. 47.1 ET, aunque refiriéndola como posible causa de la suspensión del contrato o reducción de la jornada.

A la vista de ello, de la identidad formal de conceptos, todo invita a sostener que mediando la causa descrita, el empresario es el que debe decidir soberanamente si procede acudir a medidas extintivas [ERE] o meramente suspensivas [ERTE]; y aunque una racional interpretación sistemática de ambos preceptos induce a concluir que en principio los ERE deben tener génesis en causas estructurales y los ERTE han de hallarla en las coyunturales, en todo caso resulta claro que corresponde a la exclusiva gestión empresarial decidir si está en presencia de una situación meramente coyuntural o si para ella ya es estructural, de forma tal que el acudir a un ERE o a un ERTE viene a traducirse en un juicio de «oportunidad» que exclusivamente corresponde a la dirección de la empresa. Ello con la obligada exclusión de los supuestos de abuso del derecho o fraude de ley, que lógicamente no pueden encontrar amparo en una decisión que se presenta antijurídica; en el bien entendido de que esas excepciones han de ser objeto del correspondiente alegato y de cumplida prueba.

**3.- La doctrina de la Sala sobre la posibilidad de un ERE vigente un ERTE.-** Con arreglo a la doctrina -escasa- hasta fecha dictada por la Sala, si bien es factible que una empresa pueda tomar una decisión extintiva -por las causas especificadas en el art. 51 ET - respecto de trabajadores cuya relación contractual se halle suspendida o haya de estarlo al amparo del art. 47.1 ET, «ello exigirá, que concurra al menos una de estas dos condiciones, bien la concurrencia de una causa distinta y sobrevenida de la invocada y tenida en cuenta para la suspensión, bien tratándose de la misma causa, un cambio sustancial y relevante con referencia a las circunstancias que motivaron se autorizara dicha suspensión» ( SSTS 12/03/14 -rcud. 673/13 -; y SG 16/04/14 -rco 57/13 -). Y en la misma línea hemos indicado que el pacto colectivo sobre la suspensión de contratos impide su desconocimiento, revisando el acuerdo suspensivo por aplicación de la cláusula «rebus sic stantibus», si no se ha producido un cambio radical y la gravedad de la crisis, así como su carácter estructural, eran notorias ( STS SG 18/03/14 - rco 15/13 -).

Abundando en la misma línea, en el caso de que el ERTE haya traído causa en acuerdo con la representación legal de los trabajadores, no ofrece duda que la excepción al principio «pacta sunt servanda» se limitaría a supuestos extraordinarios en los que por virtud de acontecimientos posteriores, trascendentes e imprevistos resultase extremadamente oneroso para una de las partes mantener el negocio -acuerdo- en su inicial contexto ( SSTS 04/07/94 -rco 3103/93 -; ... 26/04/07 -rco 84/06 -; 05/04/10 -rco 119/09 -; ... 30/05/11 -rco 69/10 -; ... y 17/12/13 -rco 107/12 -). Y aún para el supuesto de que el ERTE hubiese obedecido a exclusiva decisión empresarial, ese negocio jurídico unilateral tiene plena eficacia [ art. 1258 CC ] y no puede ser dejado sin efecto de forma unilateral, por expresa disposición del art. 1256 CC, a no ser que también mediase aquella grave alteración de las circunstancias concurrentes o de la base del negocio; e incluso a mayor abundamiento podría sostenerse -al margen del citado art. 1256 CC - que frente a ese cambio de criterio en último término siempre resultaría invocable la doctrina de los actos propios, que impone la vinculación del autor de una declaración de voluntad -de significación jurídica inequívoca- al sentido objetivo de la misma y a la imposibilidad de adoptar después un comportamiento que contradiga aquélla ( STC 73/1988, de 21/Abril, FJ 5. SSTS -entre las recientes- 27/09/11 - rcud 4146/10 -; 24/01/13 -rco 22/12 -; 11/03/13 -rco 70/12 -; 25/07/13 -rco 100/12 -; 30/09/13 -rco 97/12 -; 25/07/13 -rco 100/12 -; y 26/12/13 -rco 291/11 -).

**4.- Aplicación de la doctrina anterior al supuesto de autos.-** En el caso debatido nos encontramos con que el relato de hechos refiere -en el correspondiente apartado y en la fundamentación jurídica-: a) que desde el primer trimestre de 2012 al primero de 2013 la facturación en kilogramos descendió un 33,05 %; b) que en Enero/2013 «se aprobó» -se supone que por acuerdo con la representación legal de los trabajadores- un ERTE de 42 días que afectaba a la totalidad de la plantilla y que sería aplicable a lo largo de todo el año; c) que la causa alegada en tal expediente de suspensión temporal era el referido descenso de facturación, que se suponía que en 2013 alcanzaría el 30% de lo despachado a cierre de 2012, déficit que se cifraba en 17.000.000 €, siquiera la situación expresamente se calificase como coyuntural; d) que la causa alegada en Mayo para el ERE de que tratamos contempla la misma causa y aporta los mismos datos [con referencia comparativa de 2012/2013], con la exclusiva diferencia de que en este segundo expediente se proporcionan datos -que no previsiones- del primer trimestre de 2013 y que la causa ya se considera no superable mediante la suspensión de contratos; y



e) que la causa -productiva- aceptada por la Sala consiste [fundamento jurídico octavo, en relación con ordinal decimoquinto de los HDP] en la comparación de la facturación entre «el primer trimestre del año 2012 ... y .. el mismo periodo del 2013», sin que se hiciese referencia cuantitativa alguna a los términos de facturación entre Enero y Mayo/2013, es decir, entre la aprobación del ERTE y el inicio del ERE, que era -como veremos- la que correspondía.

Tales datos han de ser puestos en relación con nuestra doctrina sobre la aplicación de la cláusula «rebus sic stantibus» [para la viable aplicación del enjuiciado ERE durante la vigencia de un previo ERTE], que no hace sino reproducir la propia jurisprudencia civil, la cual desde la STS 14/12/40 -primera en abordar frontalmente el tema- ha destacado la excepcionalidad de la medida [«tan equitativa como necesitada de aplicación muy cautelosa»] y con mayor motivo tras haber destacado sus rigurosos requisitos la STS 17/05/57 : a) alteración extraordinaria de las circunstancias; b) desproporción exorbitante, fuera de todo cálculo, entre las prestaciones de las partes contratantes; y c) surgimiento sobrevenido de circunstancias radicalmente imprevisibles. Exigencias de las que siempre se hizo eco la jurisprudencia social, limitando la posible excepción al principio «pacta sunt servanda» a supuestos extraordinarios en que por virtud de acontecimientos posteriores e imprevistos resulte extremadamente oneroso para una de las partes mantener lo convenido en su inicial contexto (aparte de las muy recientes ya citadas, también las SSTS 11/03/98 -rec 2616/97 -; 16/04/99 -rec 2865/98 -; 26/04/07 -rco 84/06 -; 14/10/08 -rco 129/07 -; 05/04/10 -rco 119/09 -; 20/09/10 -rco 190/09 -; 20/10/10 -rco 214/09 -; 30/05/11 -rco 69/10 -; 12/03/13 -rco 30/12 -; 17/12/13 -rco 107/12 -).

Pues bien, las razones que en el caso sometido a debate nos llevan a excluir la posibilidad del ERE, por estar aún vigente el ERTE, son las siguientes: a) con arreglo a los principios generales de la carga de la prueba [ art. 217 LECiv ], era a la empresa a quien correspondía acreditar todas y cada de las exigencias que imponía la aplicación de la doctrina liberadora del «pacta sunt servanda» [alteración extraordinaria; desproporción exorbitante; y surgimiento imprevisible], y precisamente durante el tiempo que había mediado entre la aprobación del ERTE y el inicio del ERE; b) la confirmación de la sentencia recurrida, en este punto, hubiera precisado que las referidas exigencias hubiesen sido plasmadas como datos de hecho acreditados, lo que -como veremos- en manera alguna se ha producido en autos; c) ni tan siquiera ha pretendido la empresa introducir dato alguno sobre tal extremo en este trámite de casación, tal como autoriza el art. 211.1 LRJS que se haga mediante el escrito de impugnación del recurso [trámite procesal al que la empresa ha renunciado: folio 1362], consintiéndole solicitar en él «eventuales rectificaciones de hechos que ... pudieran igualmente sustentar la estimación de las pretensiones de la parte»; y d) en autos no consta, cuando menos de manera procesalmente eficaz, que desde la fecha del ERTE se haya producido una alteración sustancial e imprevisible que justificase la aplicación de la cláusula «rebus sic stantibus», y con ella la posibilidad de acudir a un ERE cuando todavía está pendiente de ejecución un ERTE pactado [conforme al criterio jurisprudencial expuesto en el precedente apartado «3»].

Profundizando en lo dicho hemos de añadir que no solamente no constan declaradas probadas tales exigencias [alteración extraordinaria; desproporción exorbitante; y surgimiento imprevisible], sino que muy contrariamente el relato fáctico contradice su existencia, porque: a) la comparativa de producción que la Sala de instancia tiene por acreditada y que a su juicio justifica el ERE no se refiere al periodo Enero/Mayo de 2013 [desde la aprobación del ERTE al inicio del ERE], que sería el que exclusivamente habría de justificar la posible «liberación» del compromiso del ERTE para poder acudir al ERE, sino entre los primeros trimestres de 2012 y de 2013, es decir comprendiendo toda la evolución del año 2012, que es precisamente la que ya se había alegado y tenido en cuenta para el ERTE previo; y b) es más, la evolución negativa de la productividad en el periodo Enero/Mayo de 2013, que no consta en detalle alguno y que tampoco se ha pretendido subsanar en este trámite por la empresa, ya fue alegada como causa justificativa del ERTE de Enero/2013, al afirmarse - ordinal quinto de los HDP- la «previsible disminución de la facturación durante el año 2013 de hasta 17 millones de euros, lo que equivaldría al descenso de un 30% en relación con el año 2012».

O lo que es igual, conforme al relato fáctico, el descenso de la producción entre el tiempo que media entre el ERTE y el ERE: a) no se presenta extraordinario, pues se trata de un descenso continuo de la facturación que se había iniciado a principios de 2012, coincidiendo con la crisis de la construcción, que persiste en la fecha en que se pacta el ERTE y que presumiblemente se prolonga -cuando menos- hasta que comienza la tramitación del ERE; b) tampoco consta -como era imprescindible- el cuantitativo descenso de productividad en el periodo que necesariamente se habría de tener en cuenta [Enero/Mayo 2013], lo que impide que ese descenso -que aceptamos- pueda calificarse como exorbitante, en la forma que exige la doctrina jurisprudencial más arriba citada; y c) sobre todo, mal puede calificarse como imprevisible, si precisamente ya había sido argumentado -como dijimos más arriba- para justificar el ERTE.



En conclusión, a juicio de la Sala bien pudiera haber ocurrido que inicialmente la empresa hubiese atendido a unas expectativas de recuperación que a su entender -en ejercicio de gestión empresarial que los Tribunales han de respetar siempre- justificarían el ERTE y harían innecesario en tales fechas el ERE [para el que bien podría haber causa legal], pero que tales confianzas bien pronto pudieran haberse desvanecido, hasta el punto de cuatro meses después el empresario opta ya por el ERE, pero erróneamente lo hace sin esperar a agotar el entonces vigente ERTE [que obviamente pudo haber acelerado en su desarrollo, incluso con el mismo número de trabajadores a los que posteriormente extinguiría el contrato], puesto que -conforme al quinto de los HDP- «Sic Lázaro, hasta septiembre de 2013 sólo ha hecho uso del 55% de la medida suspensiva acordada». Precisamente por ello, aunque la Sala no tiene razón alguna para dudar la buena fe con la que la demandada «Sic Lázaro SL» pudiera haber actuado y aún a pesar de que resulta innegable la gravedad de la crisis por la que la empresa atraviesa, el hecho de que su actuar haya sido desajustado a las previsiones legales y a los criterios jurisprudenciales -para la que no cabe acudir a un ERE durante la aplicación de un ERTE, salvo los referidos supuestos excepcionales-, nos obliga a entender que el recurso ha de ser acogido y que la decisión extintiva empresarial ha de ser declarada disconforme a Derecho. Punto final éste en el que discrepamos del muy documentado informe del Ministerio Fiscal, que en este extremo creemos atiende muy primordialmente -lo mismo que la decisión recurrida- a razones de estricta justicia material, pero que la Sala considera que deben ceder ante claras exigencias legales y/o jurisprudenciales sobre el solapamiento ERTE/ERE. Sin imposición de costas [ art. 235.1 LRJS ].

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

### FALLAMOS

Estimamos el recurso de casación interpuesto por la representación de la «CONFEDERACIÓN SINDICAL ELA» y revocamos la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Navarra en fecha 31/Octubre/2013 [autos 199/2013 ], a instancia de aquella y frente a «SIC LÁZARO, SL», «CORLAGO HOLDING, SL», «ENGINEERING MECHANICAL SYSTEM, SLU», «EUROPE BUSINES STEEL, SAU», «CORLAGO MANAGEMENT, SLU», «CORLAGO NET SLU», «ALMACENES BETON, SL» y «PROLAUR, SLU», así como frente a los Sindicatos «UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES» y «COMISIONES OBRERAS», declarando no ajustado a Derecho el despido colectivo acordado por la citada «SIC LÁZARO, SL» y absolviendo a las restantes partes codemandadas, con condena de la referida empresa a estar y pasar por la presente declaración.

Sin imposición de costas.